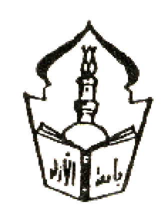


كلية الدراسات الإسلامية والعربية
للبنات بالمنصورة

محاضرات في قواعد الفقه الكلية

 إعداد

الأستاذة الدكتورة
نجاة السيد داود
الأستاذ بقسم الفقه العام
ووكيلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية
للبنات بالمنصورة

يقول الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه:

"الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة، واعرف الأشــباه والأمثال وقس الحق عنــدك ثم اعمــد إلي أحبها إلي الله وأشبهها بالحق فيا ترى".

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العلى الكبير المتعال القائل في محكم كتابه ﴿**وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ**﴾ ، والصلاة والسلام على نبى الخلق الهادي البشير النذير صلاتاً وتسليماً عدد نجوم السماء وحصي الأرض وعلي آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلي يوم الدين

وبعد ..

فإن علم القواعد من العلوم المهمة والتي يزدان بها عقل الفقيه ولا يتم علمه إلا بمعرفتها لأن الفقيه هو المنوط باستخراج الأحكام للفرعيات الفقهية المتجددة إلي يوم القيامة فكان لابد له من معرفة الضوابط التي يسير عليها في إيجاد حكم فقهي لكل مسألة تقابل الفقيه طول حياته . والشكر كل الشكر لذلك العلماء الأجلاء الذين اجتهدوا واستنبطوا وأنشأوا لنا القواعد وجمعوا الفروع الفقهية وألحقوها بالقواعد فضبطوا لنا أصول العلم ننهل منه براحة ويسر فجزاهم الله عنا وعمن بعدنا إلي يوم القيامة .

وقد كتبت هذه القواعد معتمدة فيها على كتب وطريقة الأشباه والنظائر مع بعض الكتب الأخرى وسرت على نهج الإمام السيوطي فذكرت القواعد الفقهية مبتدأة بالقواعد الخمس

المعروفة .

الأمور بمقاصدها – الضرر يزال – اليقين لا يزول بالشك . المشقة تجلب التيسير . العادة محكمة ثم أتبعته بالقواعد المتفق عليها والتي يلحقها ما لا يحصى من الفروع ويخرج عليها كثيرا من الفروع الفقهية مثل : الاجتهاد لا ينقضي بالاجتهاد وإعمال الكلام أولي من إهماله والحدود تدرأ بالشبهات وغيرها ثم عقبت ذلك بالقواعد المختلف فيها بين الفقهاء مثل : هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها وهل العبرة بالحال أو بالمآل .

وهل النذر يسلك به مسلك الواجب أو الجائز . وقد اجتهدت في إخراجه سهلاً مبسطاً في ضوء نصوص الفقهاء ليسهل الاطلاع عليه .

والله أسأل أن يرحم سائر العلماء الذين اشتغلوا بهذا العلم وأن يجزيهم عن العلم وأهله خير الجزاء .

د/ نجاة السيد داود

التعريف بالقواعد الفقهية

أولاً: معنى القواعد في اللغة:

قبل أن نبين تعريف القواعد الفقهية نبين أولاً أن قواعد الفقه هي مركب إضافي ؛ لأن القواعد هي المضاف والفقه مضاف إليه وأن معرفة المركب تتوقف على معرفة أجزائه أولاً ثم يعرف المركب ككل.

فالقاعدة في اللغة:

هي الأساس الذي ينبن عليه غيره فنقول قواعد البناء أي أساسات البناء والواحدة قاعدة وجاء في القاموس قواعد الهودج هي خشبات أربع ركب فيه. وقواعد الشيء أي أساس الشيء وأصوله حسب أركان ذلك الشيء كقواعد البيت أو معنوياً كقواعد الدين ودعائمه.

وقد ورد لفظ القواعد في القرآن الكريم في قوله عز وجل: ﴿**وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ القَوَاعِدَ مِنَ البَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ**﴾.

وكما في قوله تعالى: ﴿ **فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُم مِّنَ القَوَاعِدِ** ﴾.

فالقاعدة في هاتين الآيتين بمعنى الأساس الذي يرفع عليه البنيان.

وكذلك فإن مادة قعد تفيد الاستقرار والثبات .

ومنه قوله تعالى: ﴿ **وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللاَّتِي لاَ يَرْجُونَ نِكَاحاً**﴾ أي قاعدات ومستقرات في بيوتهم كما أن امرأة الرجل تسمى قعيدة لثبوتها واستقرارها في بيت زوجها، ومن ذلك القعود ومنه ذو القعدة وهو الشهر الذي كانت العرب تقعد فيه عن الأسفار وعلى ذلك فالقاعدة هي أساس الشيء نظراً لبناء الجدران على الأساس.

ثانياً: القاعدة اصطلاحاً:

فقد عرفها الفقهاء بعدة تعريفات وهي على النحو التالي:

١ – عرفها الإمام السبكي بأنها الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات يفهم أحكامها منه.

٢ – وعرفها الإمام الزركشي في الدر المنثور بأن القاعدة قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها مثل الأمر للوجوب حقيقة والعلم ثابت لله تعالى.

٣– عرفها الإمام الحموي بأنها حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته.

٤ – وعرفها المقري بأنها حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة.

٥ – أن القاعدة الفقهية عبارة عن صور كلية تنطبق كل واحدة منها على جزئياتها التي تحتها.

٦ – أن القاعدة هي أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها "المدخل الفقهي العام إلى غير ذلك من التعريفات التي اختلفت في وصفها للقاعدة بأنها قضية أغلبية تارة وقضية كلية تارة أخرى.

وذلك لأن من العلماء ومن نظر إلى أن القاعدة هي قضية كلية فعرفها بما يدل على ذلك إلا أن هذه التعريفات كلها تؤدي معنى واحد وهو أن القاعدة حكم أو أمر كلي أو قضية كلية فعرفها بما يدل على ذلك إلا أن هذه التعريفات كلها تؤدي معنى واحد وهو أن القاعدة حكم أو أمر كلي أو قضية كلية تفهم منها أحكام الجزئيات التي تندرج تحت موضوعها.

ومنهم من نظر إلى أن القاعدة قضية أغلبية نظراً لما يستثنى منها.

وفي الحقيقة أن القاعدة ليست حكماً كلياً لأن كل قاعدة لها مستثنياتها التي تخرج عنها وذلك مثل قاعدة الضرر لا يزال بالضرر هذه القاعدة يخرج منها ما لو تترس الكفار ببعض أسرى المسلمين وأرادوا دخول بلاد الإسلام فإنه يزال الضرر في هذه الحالة بإزالة الترس وضرب الأسرى المسلمين وهذا من إزالة الضرر بالضرر إلا أنه جاز ذلك دفعاً لضرر أكبر من قتل الترس وهو دخول الكفار لبلاد الإسلام.

ومثل قاعدة لا ينسب لساكت قول فإنه يخرج عنها ما لو استؤذنت البكر في النكاح فسكتت فإن سكوتها في هذه الحالة يعتبر إذنا منها بإقامة النكاح وبذلك يتخرج هذا الفرع عن القاعدة لمعنى خاص به وهو حديث النبي ﷺ " **الأيم تستأمر والبكر تستأذن وإذنها صماتها**" أي سكوتها.

وفي الحقيقة فقد ذكر الإمام الشاطبي ما يفيد أن الأمر لا يختلف في القاعدة ما بين كونها كلية أو أغلبية فقد ورد عنه: أن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجه عن كنونه كلياً وأيضاً فإن الغالب الأكثر في الشريعة الإسلامية معتبر في الشريعة اعتبار القطعي.

والراجح من التعاريف هو التعريف القائل: أن القاعدة حكم أغلبي يتعرف منه أحكام الجزئيات الفقهية مباشرة.

شرح التعريف:

[حكم أغلب] معناه أن معرفة الحكم من القاعدة إنما هو في الغالب الأعم لأن كل قاعدة لها مستثنيات ، ولا يقدح ذلك في كونها قاعدة.

[يتعرف] أي يتوصل لحكم الفرع بالبحث في القاعدة ولفظ يتعرف فيه إشارة إلى أن معرفة الحكم من القاعدة إنما يكون بالكلفة والمشقة ولا يكون بديهي.

[الفقهية] هذا قيد في التعريف لإخراج ما عدا القاعدة الفقهية من القواعد كالقاعدة الأصولية والنحوية.

[مباشرة] هذا قيد في التعريف أيضاً للتفريق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية وذلك لأن استخراج الحكم من القاعدة الفقهية يكون مباشرة وبغير واسطة ، أما استخراج الحكم من القاعدة الأصولية يكون بواسطة الدليل.

فلو قلنا مثلاً القاعدة الأصولية [كل أمر للوجوب] [كل نهي للتحريم] فنثبت أولاً: أن الصلاة واجبة لوجود الأمر الدال على

وجوبها وهو قوله تعالى: ﴿وأقيموا الصــلاة﴾ ومعروف أن كل أمر للوجوب فتكون الصلاة واجبة.

وهكذا لو قلنا الزنا حرام فنقول الزنا حرام لوجود الدليل الدال على حرمته وهو قوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً ﴾ ومعلوم أن كل نهي للتحريم أما القاعدة الفقهية فلا تحتاج إلى واسطة لاستخراج الحكم منها مثل النية واجبة في الوضوء للقاعدة الفقهية " الأمور بمقاصدها".

بعد أن ذكرنا تعريف القواعد نبين الفقهية وهي قيد في التعريف لإخراج القواعد الأخرى كالنحوية والهندسية وغيرها والفقهية نسبة إلى الفقه.

الفقه في اللغة:

الفهم مطلقاً سواء أكان هذا الفهم للأشياء الدقيقة أو الغير دقيقة.

وعلى هذا التعريف تقول فقهت أن السماء فوقنا وفهمت النحو لأن كل منهما تطلق على الفقه لحصول الفهم.

وذكر أبو إسحاق المروزي أن الفقه هو فهم الأشياء الدقيقة فقط فنقول: فهمت العلم ولا تقول فهمت أن السماء فوقنا والأرض تحتنا.

ولكن المعنى الأول وهو الفهم مطلقاً هو ما عليه أئمة اللغة وذلك لقوله تعالى في شأن الكفار:﴿ **فَمَالِ هَؤُلاءِ القَوْمِ لاَ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثاً** ﴾.

وقوله تعالى على لسان شعيب: ﴿ **مَا نَفْقَهُ كَثِيراً مِّمَّا تَقُولُ**﴾.

والآيتان تدلان على أن الفقه هو الفهم مطلقاً وذلك لأن الكفار في الآية الأولى لا يفهمون أي حديث حتى ولو كان واضحاً وكذلك قوم سيدنا شعيب.

وقد غلب علم الفقه على علم الدين لقوله تعالى: ﴿ **لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ** ﴾ أي ليكونوا علماء به.

وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر العلوم.

تعريف الفقه في الاصطلاح

هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية.

شرح التعريف

(العلم) هو جنس في التعريف يدخل فيه الفقه وغيره من أنواع العلوم وهو الإدراك الناشئ عن دليل.

(بالأحكام) قيد أول في التعريف يخرج به العلم بالأفعال والصفات والذوات والأحكام جمع حكم وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين.

(الشرعية) قيد ثان في التعريف يخرج به العلم بالأحكام الاعتقادية كقولنا القدرة لله واجبة والأحكام المتعلقة بكيفية العمل أي بصفته القائمة الثابتة له كالوجوب والندب والحرمة وغيرها.

(المكتسبة) قيد رابع لإخراج ما علم من غير دليل كعلم الله تعالى وعلم ملائكته وعلم النبيين وعلم النبي ﷺ المتلقي عن طريق الوحي والمكتسبة أي المستنبطة بالنظر والاجتهاد.

(من أدلتها التفصيلية) أي من أدلة الأحكام التي جاءت من القرآن والسنة والإجماع والقياس وهو قيد خامس احترز به عن الأدلة الإجمالية الكلية التي لم تتعلق بشيء معين كمطلق الأمر ومطلق الإجماع ومطلق القياس وغيرها لأن البحث عن هذه الأدلة الكلية الإجمالية من شأن علماء الأصول.

مسميات علم القواعد

(١) **التسمية الأولى هي:** علم قواعد الفقه، وسبق أن بين معانيها.

(٢) **علم الأشباه والنظائر:**

وقالوا هي فن عظيم به يطلع على حقائق الفقه ومداركه وأسراره، وتسميته هذا بالنسبة للفروع الفقهية التي تندرج تحت القواعد.

والأشباه جمع شبيه والنظائر: جمع نظير وهي من عطف المرادف لأن شبيه الشيء نظيره ونظير الشيء شبيهه.

وعلم الأشباه والنظائر: هو جمع الحوادث المتشابهة المعبر عنها بالفروع ووضعها تحت القاعدة الكلية وعلى هذا فلا يمكننا معرفة القاعدة الكلية إلا بمعرفة الفروع المتشابهة المتدرجة تحتها(١).

وهذه الطريقة هي طريقة الأحناف وهي أمثل من طريقة الشافعية لأن الأحناف فرعوا الفروع ثم جمعوا الفروع المتشابهة

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧
و مذكرة الدكتور جاد الرب رمضان ص٤.

وجعلوا لكل مجموعة من الفروع المتشابهة قاعدة خاصة بها.

أما الشافعية فقعدوا القواعد أولاً ثم فرعوا الفروع فالأشباه هي النظائر وهي كل فرع فقهي بينه وبين فروع أخرى وجه شبه فيجتمعان من وجه الشبه تحت القاعدة الكلية[١].

(٣) الفروق

ومن العلماء من بحث في الفروع الفقهية المتشابهة تحت مسمى (الفروق) أخذاً من قول الخليفة عمر بن الخطاب: "أعرف الأشباه والأمثال وقس الحق عندك ثم أعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى"[٢] وهذه العبارة الأخيرة إشارة إلى أنه من النظائر ما يخالف نظائره في الحكم لمدرك خاص به ولذلك فإنه يذكر الفرق بين النظائر المتحدة تصويراً ومعنى والمختلفة حكماً وعلة ويبين كيفية دخول هذه النظائر تحت القاعدة الأم ولما خرج ذلك النظير عن القاعدة[٣].

---

(١) مذكرة الدكتور جاد الرب رمضان.

(٢) هذه الرسالة وردت في نصب الراية في أحاديث الهداية ج٣ ص٦٤: ٨١ وهي مروية عن ابن المليح الهذلي، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥٠.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧.

نشأة القواعد الفقهية

لم يكن شيئاً معروفاً بقواعد الفقه في عصر النبوة بل لم يكن شيئاً معروفاً باسم الفقه أصلاً كان المعروف هو التشريع الإسلامي ومصدره النبي ﷺ هو الذي يفتي المسلمين في سائر شئون حياتهم. فكان ﷺ هو المعلم والمفتي والقاضي والحاكم ورئيس الجيش والمبين لحكم الله في كل شيء.

ثم انتقل النبي ﷺ إلى الرفيق الأعلى تاركاً خلفه جملة من الأصول والقواعد تعد دساتير للمجتمع الإسلامي وكانت هذه الأصول والقواعد مثبوتة في ثنايا القرآن الكريم والسنة النبوية مثال ذلك قوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾(١) وقوله : ﴿**وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**﴾(٢) وقوله تعالى: ﴿ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾(٣)، وكذلك أقوال النبي ﷺ: "**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى**"(٤).

---

(١) سورة المائدة آية:١.

(٢) سورة النساء آية: ٢٩.

(٣) سورة الحج آية: ٨٧.

(٤) الحديث رواه البخاري في صحيحه ج١ ص٥، باب ما جاء في العمل بالنية والحسبة.

وكقول رسول الله ﷺ: "**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**"[(١)] وقوله: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه".

وقوله ﷺ: "**البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه**"[(٢)].

وهذه النصوص وغيرها كثير بلغت من العموم والمرونة ما أصبحت به قواعد فقهية فيما بعد فهي قواعد مأخوذة من نص القرآن الكريم والسنة والنبوية، وأمثال هذه الآيات وهذه الأحاديث كثيرة في القرآن والسنة وهذه الدساتير كانت تكفي المسلمين لتنتظم شئونهم لولا أن امتدت يد المسلمين فاتحين لبلاد أخرى غير الجزيرة العربية كالشام والعراق ومصر واليمن وبلاد الفرس والروم وحينئذ دخل على المسلمين غيرهم ممن هم مختلفين في الطبائع والعادات وجدت مسائل لم تكن معروفة في عصر النبوة ولا في القرن الأول الهجري.

وحينئذ احتاج المسلمون لتنظيم هذه الأمور والعادات التي

---

(١) الحديث رواه ابن ماجة في سننه ج٢ ص٢٨٤، باب نهي الرجل أن يضع في طريق جاره ما يضره.

(٢) الحديث رواه الترمذي في سننه ج٢ ص٣٩٨، والحديث فيه محمد بن عبد الله العذرمي وهو ضعيف.

ورواه مسلم في صحيحه باب اليمين على المدعي عليه ج٥ ص٣٠٠.

جدت علهم كتنظيم شئون الحرب والجند والاستعداد وأسر الجند إلى غير ذلك من الأمور التي جدت على المسلمين وكذلك تنظيم جميع الحياة العملية وفي هذا الوقت كان معرفة الحكم الشرعي يكون من الكتاب والسنة فإذا بحث العلماء ولم يجدوا الحكم في الكتاب أو في السنة اجتهدوا برأيهم في ضوء الكتاب والسنة.

وفي هذه الفترة وفي ظل هذه الظروف مع كثرة الحوادث وكثرة الاجتهادات لها تكون اصطلاحات فقهية كانت هذه الاصطلاحات هي القواعد الفقهية فيما بعد.

وهذه الاصطلاحات منها ما كان متفقاً عليها بين أئمة الفقه الأربعة كالقواعد الخمسة المشهورة (الضر يزال) المشقة تجلب اليسر- العادة محكمة[١] – اليقين لا يزول بالشك- الأمور بمقاصدها...

ومنها ما اختلف فيها بين أهل المذاهب الأربعة مثل قاعدة "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها" هل العبرة بالحال أو بالمال.

---

(١) المدخل الفقهي العام للدكتور/ مصطفى الزرقا ج١ ص٢٧٠.

النذر هل يسلك به مسلك الواجب أو الجائز[١].

وهذه القواعد إنما يكثر ذكرها عند ذكر سبب الخلاف في مسألة فقهية.

وهذه القواعد نجد من الفقهاء من أكثر من هذه القواعد ومن الفقهاء من قلل منها وذلك لأن العلم برجوع هذه المسألة الفقهية إلى القواعد مبني على الاجتهاد والاجتهاد يختلف باختلاف أهل النظر في هذه المسائل وقد وجدنا أن الإمام أبو طاهر الدباس رد مذهب الأحناف إلى سبعة عشر قاعدة ورأينا القاضي حسين رد مذهب الشافعي إلى القواعد الأربع المعروفة ورأينا العز بن عبد السلام رد الفقه كله إلى قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد[٢].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧.

(٢) المدخل الفقهي العام للدكتور/ مصطفى الزرقا ج١ ص٢٧٠.

أول من دون في علم القواعد

أورد الإمام السيوطي في شرح القواعد الخمس التي ذكرها الأصحاب أن جميع مسائل الفقه ترجع إليها فقال حكي القاضي أبو سعيد الهروى أن بعض أئمة الحنفية بهراة بلغه أن الإمام أبو طاهر الدباس أما الحنفية فيما وراء النهر رد جميع مذهب الحنفية إلى سبع عشرة قاعدة فسافر إليه وكان أبو طاهر ضريراً وكان يكرر كل ليلة تلك القواع بمسجده بعد أن يخرج الناس منه فالتف الهروي بحصير وخرج الناس وأغلق أبو طاهر المسجد وسرد من تلك القواعد سبعاً فحصلت للهروي سعلة فأحس به أبو طاهر فضربه وأخرجه من المسجد ثم لم يكررها فيه بعد ذلك فرجع الهروي إلى أصحابه وتلا عليهم تلك السبع قال القاضي أبو سعيد فلما بلغ القاضي حسيناً ذلك رد جميع مذهب الشافعي إلى أربع قواعد.

الأولى: اليقين لا يزال بالشك وهي تشمل كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك فإنه يطرح الإنسان الشك ويبنى على اليقين.

وأصل ذلك قوله ﷺ أن الشيطان ليأتي أحدكم وهو في صلاته فيقول له أحدثت فلا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً.

الثانية:- وهي قاعدة "المشقة تجلب التيسير".

ومعناها أن المشقة التي يجدها الإنسان في أي تكليف.

الإنسان في أي تكليف شرعي إنما تكون سبباً باعثاً وداعياً على تخفيف ذلك التكليف بمعنى أن المشقة تكون سبباً في الرخصة.

أصل هذه القاعدة- هو قوله تعالى: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾[(١)] وقوله تعالى: ﴿**لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا**﴾[(٢)].

الثالثة: "الضرر يزال" ومعناها أنه إذا أصيب الإنسان بضرر في نفسه أو ماله أو أصاب المسلمون ضرر فإن الواجب عليه هو أن يبحث عن وسيلة لدفع ذلك الضرر ما أمكن.

أصل هذه القاعدة- هو حديث النبي ﷺ: "**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**"[(٣)].

الرابعة: "العادة محكمة" ومعناها أن ما تعود عليه المسلمون هو الحكم والمرجع عند النزاع فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة

---

(١) سورة الحج آية: ٣٨.

(٢) سورة البقرة آية: ٢٨٦.

(٣) رواه ابن ماجه في سننه ج٢ ص٢٩٠، باب ما جاء في نهي الإنسان أن يضع في طريق جاره ما يضره.

أو إجماع.

أصل هذه القاعدة– هو حديث النبي ﷺ: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن".

وقد ذكر المتأخرون من الشافعية أن رجوع الفقه كله إلى هذه القواعد الأربع فيه نظر وذلك لأن غالبه لا يرجع إليها إلا بواسطة وتكلف وقد ضم بعض الفضلاء قاعدة خامسة لأصول مذهب الشافعية وهي قاعدة الأمور بمقاصدها.

بمعنى أن ثواب العمل وجزاءه إنما يكون بالمقصد الذي يقصده من هذا العمل.

وأصل هذه القاعدة– هو حديث النبي ﷺ " **إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى**"[١].

وقيل أن هذه القاعدة داخلة في القاعدة الأولى "اليقين لا يزول بالشك".

وقد اختصر كل ذلك الإمام العز بن عبد السلام ورد جميع الفقه إلى قاعدة واحدة وهي: "اعتبار المصالح ودرء المفاسد".

---

(١) الحديث رواه البخاري في صحيحه ج١ ص٧، باب ما جاء في العمل بالنية والحسبة.

على الرغم أن الإمام ابن رجب الحنبلي قد أكثر من القواعد حتى أنه جعل لكل فرع فقهي قاعدة خاصة به.

وأقدم مجموعة وصلت إلينا في علم القواعد هي قواعد الكرخي في الفقه الحنفي وهي مشروحة من أبي حفص النسفي والظاهر أن الكرخي قد أخذ قواعد الدباس السبعة عشر وأضاف إليها عشرون قاعدة جعلها في رسالة وهي رسالة الكرخي في علم القواعد وهي المسماة بأصول الكرخي.

ومن أقدم المصادر الفقهية أيضاً في القواعد كتاب الخراج للإمام أبي يوسف الذي اشتمل على مجموعة من العبارات يمكن أن تدخل تحت موضوع القواعد من حيث شمول معناها مثل قوله "التعزير إلى الإمام على قدر عظيم الجرم وصغره" وقوله "ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف وفي المدونة للإمام مالك ورد بعض العبارات التي يمكن إدخالها تحت القواعد والضوابط الفقهية مثل سألت الإمام عن خرء الطير والدجاج التي ليست بمخلاة فقال كل ما لا يفسد الثوب لا يفسد الماء.

وقال مالك لا يرث أحداً أحد بالشك

وقد ورد أيضاً في كتب الشافعية ما أمكن جعله قواعد مثل

لا ينسب لساكت قول قائل ولا عمل عامل وإنما ينسب إلى كل قوله وعمله وقوله: إذا ضاق الأمر اتسع.

وقوله: الأرضي على الطهارة حتى يستيقن النجاسة وقوله قد يباح في الضرورة ما لا يباح في غير الضرورة.

وهذه النماذج المأثورة كانت في اللبنة الأولى لصياغة القواعد.

أهمية دراسة القواعد الفقهية

من المعلوم أن دراسة القواعد الفقهية له أهمية كبرى لمن أراد الاشتغال الفقه وهذه الأهمية تتلخص في عدة نقاط:

١- أن دارس القواعد الفقهية يستطيع الإلحاق والتخريج بمعنى أنه تتكون لديه ملكة فقهية يستطيع أن يثبت بها حكماً شرعياً لما جد وما يجد إلى يوم القيامة من الحوادث التي لا أصل لها في كتاب أو سنة أو إجماع من الصحابة ولا يمكن قياسها على شيء من ذلك، وإلى هذا أشار السيوطي في قواعده فقال: "أعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره ويتمهر في فهمه واستحضاره ويقتدر على الإلحاق والتخريج ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان.

٢- جمع الفروع الفقهية المتناثرة في ثنايا الكتب وكذا المتجددة على مر الزمان دون جهد ومشقة وذلك لأن الباحث إذا تتبع الفروع المتناثرة ربما قضى عمره في جمع تلك المسائل ولا يعلم مسائل العصر التي تليه أما بمعرفة القواعد يكون قد علم قانوناً عاماً لما جد وما يجد إلى يوم القيامة.

٣- إدراك مقاصد الشريعة الإسلامية ومعرفة ما تنطوي عليه من سماحة ويسر وذلك لأن دراسة القواعد الكلية يعطي تصوراً شاملاً عن مقاصد الشريعة فإذا علمت مثلاً قاعدة الضرر يزال وقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الإسلام[١].

"أدركت أن مقاصد الشريعة الإسلامية رفع الضرر عن العباد"

"وإذا درست قاعدة المشقة تجلب التيسير أدركت أن الشريعة الإسلامية هي دين التيسير لا دين العسر وإذا علمت قاعدة الأمور بمقاصدها أدركت أن من مقاصد الشريعة الإسلامية إخلاص النية لله عز وجل وإخلاص العمل له.

وترجع أهمية دراسة القواعد الفقهية ووجوب معرفتها إنما هو للفقيه والمفتي والمجتهد والقاضي وذلك لأن هؤلاء هم الذين يفتتون ويقضون ويبنون الأحكام للناس فكان الواجب لتمام علمهم وصحة قضائهم وفتواهم هو حفظ القواعد الفقهية إلى جانب الكتاب والسنة والإجماع ومعرفة كيفية القياس للمسكوت عنه

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦.
الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤.
الفروق للقرافي ص٣.

على المنصوص عليه أمام عوام الناس فالواجب علهم هو سؤال أهل الذكر، يقول تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾[١].

٤- أن دراسة القواعد تربى عند الباحث ملكة المقارنة بين المذاهب المختلفة وتوضح له وجه الاختلاف وتعطي الباحث القدرة على الترجيح بين المسائل.

لهذا قال ابن رجب الحنبلي "فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب وتنظم له مستور.

الدليل على وجوب معرفة القواعد:

ويرجع الدليل على وجوب معرفة القواعد للفقيه والمجتهد والمفتي والعالم ما ذكره الشافعية في قولهم: "الفقه معرفة النظائر"[٢].

"يعني أنه لابد للفقيه من معرفة الأمور الفرعية المتجددة

---

(١) سورة الأنبياء آية: ٧.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٠.

الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤٢.

ويعرف كيف يرجعها إلى القاعدة الأم التي تندرج تحتها تلك الفروع، وأنه لا يكون فقيها إلا بمعرفة هذه الأمور[١].

وإلى تلك الأهمية أشار الخليفة عمر في الرسالة التي أرسلها إلى عبد الله بن قيس الأشعري "أبي موسى الأشعري"[٢] منها الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا

---

(١) الدر المنثور للزركشي ج١.

(٢) نص الرسالة: "أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ساو بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً لا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فيه فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة ثم أعرف الأشباه والأمثال وفي الحق عندك واعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى.

واجعل لمن ادعى حق غائباً أو بينة أو أمرا ينتهي إليه فإن أحضر بينه أخذت له بحقه وإلا استحالت عليه القضية فإنه أنفى للشك وأجلى للعمر.

المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلود في حداً أو مجرباً عليه شهادة زوراً أو ظنيناً في ولاء أو نسب فإن الله تعالى تولى منكم السرائر وادرأ بالبينات والشبهات.

وإياك والقلق والضجر والتأذي بالخصوم والتنكر عند الحاجات"

سنة وأعرف الأشباه والأمثال وقس الحق عندك. ثم أعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما تري"[١].

الرسالة دلالة صريحة على الأمر بتتبع النظائر وحفظها ليقاس عليها ما ليس بمنقول وفي قول عمر فأعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق إشارة إلى أنه من النظائر ما يخالف نظائره في الحكم لمدرك خاص به وهو الفن المسمى بالفروق[٢].

مصدر القواعد الفقهية:

"مصدر القاعدة الفقهية هو الأساس والأصل الذي جعل الفقهاء يؤلفون القاعدة في موضوع معين كالاهتمام بالنيات أو رفع الضرر".

"وهذا الأساس أولاً: قد يكون نصا من كتاب: كقاعدة المشقة تجلب التيسير فأساسها وله تعالى: ﴿ **مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ** ﴾[٣].

"وآيات نفي التكاليف بما ليس في الوسع" كقوله تعالى: ﴿**لاَ**

---

(١) الرسالة وردت في نصب الراية في أحادث الهداية ج٣ ص٦٤، ٨١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩، الدر المنثور للزركشي ج١ ص٢٠.

(٣) سورة المائدة آية: ٦.

يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا ﴾[١]، **﴿ لاَ تُكَلَّفُ نُفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا﴾**[٢]، **﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَا آتَاهَا ﴾**[٣].

وقاعدة العادة محكمة فإن أساسها كما ذكر الدكتور/ جاد الرب رمضان أن أساسها هو قوله تعالى: **﴿ وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرا﴾**[٤].

وجه الدلالة:

هو أن هذه الآية أفادت ذم من يخالف سبيل المؤمنين وذم مخالفة سبيل المؤمنين يوجب إتباع سبيلهم وسبيل المؤمنين هو عادتهم وطريقتهم في التعامل فيما بينهم[٥].

ثانياً: قد يكون أصل القاعدة هي نص لحديث النبي ﷺ كحديث: "**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى**"[٦].

---

(١) سورة البقرة آية: ٢٨٦.

(٢) سورة البقرة آية: ٢٣٣.

(٣) سورة الطلاق آية :٧.

(٤) سورة النساء آية: ١١٥.

(٥) مذكرة الدكتور جاد الرب رمضان.

(٦) الحديث رواه البخاري في صحيحه ج١ ص٧ باب ما جاء في العمل بالنية والحسبة.

وقوله ﷺ: **"البينة على المدعي واليمين على من أنكر"**[١] وقوله ﷺ: **"على اليد ما أخذت حتى تؤديه"**[٢].

ثالثاً: قد يكون القاعدة واضعها أحد الأئمة كما ورد أن الإمام الشافعي هو أول من وضع قاعدة "لا ينسب لساكت قول" وقاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالصحة.

وقاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع" وما عدا ذلك فقد وجد متناثراً في ثنايا الكتب الفقهية لكبار العلماء عند استدلالهم على حكم معين أو عند إنكار شيء ما[٣].

حجية القواعد الفقهية:

القاعدة التي لها أصل من كتاب أو سنة تعتبر حجة في استخراج الأحكام لأجل أصلها وهو الكتاب أو السنة.

أما التي لا أصل لها من كتاب أو سنة فاختلف فيها فقال البعض: لا تعتبر أما التي لا أصل لها من كتاب أو سنة فاختلف ليها فقال البعض لا تعتبر حجة ولا تعد أصل يسند إلها

---

(١) الحديث رواه الترمذي في سننه ج٢ ص٣٩٨.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ج٥ ص٣٠٠ باب اليمين على المدعي عليه.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٦، القواعد للمفري ص١١١.

الحكم وقالوا أيضاً[١]:

فحكام الشرع ما لم يقفوا على نص من كتاب أو سنة لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل فمن اطلع عليها يضبط المسائل بأدلتها.

وذهب القرافي وابن عرفة من المالكية أيضاً إلى جواز الاحتجاج بالقواعد الفقهية التي ليس لها أصل في كتاب أو سنة، في استخراج الأحكام بل أنهم يرون أنه ينقض حكم القاضي، إذا خالف قاعدة من هذه القواعد كما هو الحال في القول بعدم وقوع الطلاق في المسألة السريجية[٢].

لمخالفته لقاعدة اجتماع الشرط مع المشروط والراجح: هو أن القاعدة الفقهية تعتبر حجة يرجع إليها في استخراج الأحكام فيرجع إليها الفقيه والمجتهد إذا لم يجد الحكم نص من كتاب أو

---

(١) مجلة الأحكام العدلية ج١ ص١٢.

(٢) وهذه المسألة هي ما إذا قال الرجل لزوجته إذا طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً وقد أفتى ابن سريج بعدم وقوع الطلاق، في هذه المسألة لأنه مخالف لقاعدة "إن من شرط الشرط" إمكان إجماع الشرط مع المشروط، وسميت بالسريجة نسبة إلى أبي العباس أحمد بن سريج الشافعي.

انظر: إيضاح المسائل ص٤٠٧، الفروق ج٤ ص٤٠.

سنة أو إجماع.

أو أمكنه القياس على شيء من هذه المصادر فحينئذ يرجع إلى القاعدة فيستخرج منها الحكم[١].

صياغة القواعد الفقهية:

القاعدة الفقهية عبارة عن نصوص موجزة تتضمن أحكام شرعية عامة للمسائل الفرعية التي تتجدد على مر الزمان مثل [قاعدة الأمور بمقاصدها]، [العادة محكمة]، [الخراج بالضمان] فهذه القواعد وإن كانت كل واحدة منها لا تتعدى الكلمتين إلا أنها تشمل من التشريعات ما لا يحصى عدده[٢] من الأحكام الفرعية ولذلك فالقاعدة تمتاز بالإيجاز في صياغتها مع شمولها وسعة معناها وهذا من جوامع الكلم الذي تميز به النبي ﷺ وتميزت به أمته حيث قال: "وأوتيت جوامع الكلم"[٣].

---

(١) القواعد للمفري ج١ ص١١٠.

(٢) الدرر المنثور للزركشي ص١١٦.

(٣) الحديث واه البخاري في صحيحه ج١ ص٧٠ باب اليتيم، ورواه مسلم في صحيحه ج٣ ص٣ كتاب المساجد ومواضع الصلاة.

سمات القواعد الفقهية

تبرز أهمية القواعد الفقهية كعلم من العلوم في معرفة مزايا وسمات تلك القواعد.

وأهم سماتها ما يلي:

١- أن القواعد الفقهية تمتاز بإيجاز عباراتها مع عموم معناها وسعة استيعابها للمسائل الجزئية وذلك لأن القاعدة الفقهية تصاغ في كلمتين أو بضع كلمات من ألفاظ العموم مثل "العادة محكمة" و"الأعمال بالنيات" أو "الأمور بمقاصدها" و"المشقة تجلب التيسر".

فهذه القواعد تعد من جوامع الكلم إذ يندرج تحت كل منها ما لا يحصى من المسائل المختلفة.

٢- أن القواعد الفقهية تمتاز بأن كل منها تجمع فروعاً كثيرة من الأحكام الفقهية من أبواب شتى وتربط بينها في قاعدة واحدة وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها ولذلك يقول الأستاذ/ مصطفى الزرقا لولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها وتبرز من خلالها العلل الجامعة بينها.

٣- أن القواعد الفقهية كثيرة غير محصورة في عدد وهي متناثر في ثنايا الفقه العام والفتاوى والأحكام ولذا يقول الإمام القرافي أن قواعد الفقه ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة عند أئمة الفتوى والفقهاء لا توجد في أصول الفقه أصلاً.

بعد بيان معنى القواعد الفقهية نبين الفرق بين القاعدة كقضية كلية وبين القضايا الكلية الأخرى على النحو التالي:

أولاً:الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:

قبل أن نبين الفرق بينهما نبين أولاً: أن علم أصول الفقه وعلم الفقه علمان مرتبطان بعضهما ببعض حيث أن أحدهما أصل والآخر فرع عنه فالأصولي يجب أن يكون فقهيا حتى يلحق الحكم بالدليل والفقيه يجب أن يكون أصوليا حتى يمكنه استنباط الحكم من الدليل، ومع ذلك فإنهما متغايران لتغاير موضوعهما فأحدهما موضوعة العلم بالأحكام الشرعية والآخر موضوعه الأدلة الشرعية ذاتها.

ولذلك فإن لكل واحد منهما قواعده الخاصة به بناء على تغاير موضوعهما.

وأول من فرق بين قواعد هذين العلمين هو الإمام القرافي في كتاب الفروق حيث قال أما بعد فإن الشريعة المحمدية زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً اشتملت على أصول وفروع وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى بأصول الفقه وهو في غالب أمره ليس إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح نحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم ونحو ذلك.

والقسم الثاني: قواعد فقهية كلية كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ولكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ولم يذكر شيء منها في أصول الفقه وإن اتفقت الإشارة إليه هناك على سبيل الإجمال فبقي تفصيله لم يتحصل وقال في موضع آخر: "فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والقضاء لا توجد في كتب الفقه أصلا.

ويرى الإمام ابن تيمية الفرق بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية باعتبار أن أصول الفقه هي الأدلة العامة خلافاً لقواعد الفقه فإنها عبارة عن **وقد ذكر الفقهاء فروقا بين القاعدة**

الفقهية والقاعدة الأصولية نوجزها فيما يلي:

١- أن القاعدة الأصولية تتعلق بالألفاظ ودلالتها على الأحكام في غالب أحوالها كما في قولنا الأمر للوجوب النهي للتحريم فهي تتعلق بذات اللفظ ومدى دلالته على الحكم

أما القاعدة الفقهية فتتعلق بالحكم ذاته.

٢- أن القواعد الأصولية قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعها لذلك فهي قواعد كلية مطردة.

أما القواعد الفقهية فإنها أغلبية يكون الحكم فيها على غالب الجزئيات وتكون لها المستثنيات لسبب من أسباب الاستثناء كالنص أو الإجماع أو الضرورة.

٣- أن القواعد الأصولية إنما وضعت لتضبط للمجتهد طرق الاستنباط وترسم للفقيه مناهج البحث والنظر في استخراج الأحكام الكلية من لأدلة الإجمالية.

أما القواعد الفقهية فإنها ترد ليربط المسائل المختلفة الأبواب برباط واحد وحكم واحد وهو الحكم المستفاد من القاعدة.

٤- أن القواعد الأصولية موضوعها علم الأصول

أما قواعد الفقه فموضوعها علم الفقه.

٥- أن القواعد الأصولية مصدرها إما علم الكلام كمنع التكليف بما لا يطاق فإن موضوعه علم الكلام وأصول الفقه أو يكون مصدرها الأدلة الإجمالية في الكتاب والسنة كقوله تعالى ﴿ **وَأَقِيمُوا الصَّلاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ** ﴾ وقوله تعالى﴿ **ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ**﴾ وقوله تعالى ﴿ **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ** ﴾.

من هذه الأدلة الإجمالية استنبط العلماء قاعدة كل أمر للوجوب وكل نهي للتحريم.. أما القواعد الفقهية فمصدرها قد يكون من الكتاب كقاعدة المشقة تجلب التيسير فمصدرها لا يكلف الله نفسا إلا وسعها.. وقد يكون من السنة كقاعدة الضرر يزال وقد يكون من فرعيات منتشرة في الفقه متشابهة مثل إعمال الكلام أولى من إهماله والأصل في الكلام الحقيقة.

٦- أن القاعدة الأصولية مستقلة بالأدلة الإجمالية من الكتاب والسنة وذلك كقاعدة كل أمر للوجوب وكل نهي للتحريم فمتعلقتان بكل أمر ونهي ورد في الكتاب والسنة.

أما القاعدة الفقهية فمتعلقة بأفعال المكلفين وذلك كقاعدة الأمور بمقاصدها فإنها متعلقة بأفعال المكلفين وأنهم يثابوا ويعاقبوا على حسن نياتهم وكقاعدة العادة محكمة فإنها متعلقة بأفعال المكلفين وعاداتهم وأعراضهم.

وقد تكون هناك قواعد يعتبرها الفقهاء فقهية وأصولية مثل سد الذرائع والعادة والعرف.

وبذلك يتبين أن هناك صلة وثيقة بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية حيث أن القواعد الفقهية تشبه الأدلة للأحكام الشرعية.

ومعنى أنها تشبه الأدلة وليست أدلة أن القاضي والمفتي لا تجوز له الاستناد في فتواه على أحد القواعد الفقهية وحدها بل يكون مستنده الأصلي النص الفقهي فإن لم يوجد لتلك الحادثة نص فقهي أصلاً جاز له الاستناد إلى القاعدة وبالتالي فالقاعدة باعتبارها قاعدة فقهية لا تصلح أن تكون دليلاً مستقلاً إلا إذا كان لبعض القواعد صفة أخرى كان تكون حديثا للرسول ﷺ مثل.. لا ضرر ولا ضرار" و"الخراج بالضمان" والبنية على المدعي واليمين على من أنكر".

الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية

النظرية مشتقة من النظر وهو في اللغة بمعنى تأمل الشيء بالعين والشيء النظري هو الذي يتوقف حصوله على نظر وبحث وفكر كتصور النفس والعقل وهي عبارة عن موضوعات عامة متحدة الأركان والشروط والأحكام فيتكون بينها صلة فقهية.

لعل السر الذي دفعنا لبيان الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية هو أن بعض الباحثين المعاصرين في الفقه الإسلامي يرى أن لفظ النظريات العامة مرادف للقواعد الفقهية وهو ما ذهب إليه الأستاذ أبو زهرة في كتاب أصول الفقه حيث قال:

أنه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية وهي التي مضمونها يصح أن يطلق عليه النظريات العامة للفقه الإسلامي كقواعد الملكية في الشريعة وكقواعد الضمان وقواعد الخيارات وقواعد الفسخ بشكل عام.

وذهب إلى ذلك أيضاً الشيخ أحمد أو طاهر الخطابي في مقدمة تحقيقه لكتاب "إيضاح المسالك على قواعد الإمام مالك"

للونشريس حيث قال "من أحكام الشريعة النوع العام وهي تلك القواعد الجامعة لأحكام عدة من أبواب مختلفة غالباً يصح في مضمونها أن يطلق عليها بلغة العصر النظريات العامة للفقه الإسلامي لاستيعابها أحكاماً لا تحصى في أقصر عبارة وأوسع دلالة.

ومن العلماء من يرى أن النظريات العامة أعم وأشمل من القواعد الفقهية ويدرج القواعد ضمن النظريات الفقهية ومنهم الأستاذ مصطفى الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام أن النظرية العامة هي غير القواعد الفقهية الكلية فإن تلك القواعد هي أصول وضوابط فقهية تراعى في تخريج الحوادث ضمن حدود تلك النظريات العامة فقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني مثلا ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد.

وقد وافقه على ذلك الدكتور/ محمد الزحيلي الذي اعتبر القواعد الفقهية مرحلة ممهدة لجمع القواعد المتشابهة والمبادئ العامة لإقامة نظرية عامة في جانب من الجوانب الأساسية في الفقه الإسلامي.

والواقع أن النظرية الفقهية هي اصطلاح معاصر استحدثه الفقهاء الذين يدرسون القانون من خلال موازنتهم بين الشرع

والقانون فأطلقوا نظريات كالعقد والفساد والبطلان والولاية والملكية والأهلية.

ولكن علماء الشريعة يرون أن النظرية غير القاعدة ورأوا أن هناك فروقا تفصل بينهما **ولعل أبرز الفروق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية ما يلي:**

١- النظرية الفقهية هي القاعدة الكبرى التي موضوعها كلي تحته موضوعات متشابهة في الأركان والشروط والأحكام العامة كنظرية العقد ونظرية الملك.

وهذه النظرية تتفق مع القاعدة الفقهية في أن كل منهما كلي يندرج تحته جزئيات متشابهة من أبواب متفرقة من الفقه.

وتختلفان في أن القاعدة الفقهية تتضمن حكما فقهياً في ذاتها وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها فقاعدة اليقين لا يزول بالشك تتضمن حكماً فقهياً لكل مسالة اجتمع فيها يقين وشك فإنه يقدم الشيء المتيقن ويلقي المشكوك فيه كمن شك هل صلى أربعاً أو خمساً فإنه يبني على لربعة لأنها هي المتيقنة الخلاف الخامسة المشكوك فيها فإنه لا يلتفت غليها وهذا شأن جميع القواعد وهو أن حكمها ينتقل منها إلى الأفرع تحتها.

أما النظرية العامة فإنها لا تتضمن حكما في ذاتها يندرج لما تحتها مثل نظرية العقد ونظرية الملك.

فإن نظرية العقد تفيد أن هناك مجموع من العقود في الشريعة الإسلامية كعقد البيع والنكاح والإيجارة ولكنها لا تفيد حكما لأحدهم.

٢- أن القاعدة الفقهية يندرج تحتها الحكم مباشرة دون حاجة إلى أركان وشروط كقاعدة الأمور بمقاصدها فإنها تدل على أن ثواب العمل والعقاب عليه راجع إلى النية التي نواها صاحب العمل إن كانت خير فجزاؤه الخير وإن كانت شراً فجزاؤه مثل ما نوى.

أما النظرية الفقهية فلا يدخل أحد أفرادها تحتها إلا بأركان وشروط لابد أن يكون قد استوفاها جميعاً مثل نظرية العقد فلا يندرج أي عقد تحتها ما لم يكن مستوفياً للأركان والشروط اللازمة لانعقاده.

٣- أن القاعدة الفقهية تتناول فروعا فقهية من أبواب مختلفة أما النظرية الفقهية بحث قضايا فقهية متعلقة بموضوع واحد.

٤- لا يمكـن إدراج مجموعـة مـن النظريـات الفقهيـة تحـت قاعدة معينة ولكن يمكن إدراج مجموعة من القواعد الفقهية تحت نظريـة معينـة مثـل نظريـة العـرف فإنـه يمكـن إدراج تلـك القواعـد تحتها وهي قاعدة العادة محكمة.

وقاعدة استعمال الناس حجة يجب العمل به وقاعدة لا ينكر تغير الأحكام المبنية على المصلحة أو العرف بتغير الأزمان.

وقاعـدة إنهـا تعتبـر العـادة إذا طـردت وغلبـت وقاعـدة المعـروف عرفـاً كالمشـروط شـرطا وقاعـدة المتعـين بـالعرف كالمتعين بالنص.

ثالثاً: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

تتفق كل من القاعدة والضابط في أن كل منهما حكم كلي يندرج تحته جزئيات يفهم أحكامها منه ولذلك نجد من العلماء من عرفهما بتعريف واحد فجعل القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط ومن هؤلاء العلماء الكمال بن الهمام وقال: أن الضابط عند العلماء حكم كلي ينطبق على جزئياته وهناك من العلماء من فرق بينهما مثل الإمام السبكي إذا نص على أن الغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً.

وإلى مثل ذلك ذهب الإمام السيوطي وابن نجيم إذ مال كل منهما إلى أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى والضابط يجمعها من باب واحد. مثل كل ماء طهور وكل مسكر خمر وكل ما جاز في الأضحية جاز في العقيقة وما يحرم من السيب يحرم من الرضاع.

أما القاعدة فمثل الأمور بمقاصدها فإنها تدخل في سبعين باباً من أبواب الفقه.

أهم الكتب في علم القواعد

أولا: أن المتأمل في أقوال العلماء الذين تولوا البحث عن القواعد الفقهية نجد من قد قلل من هذه القواعد كالإمام العز بن عبد السلام الذي رد جميع القواعد إلى قاعدة جلب المصلحة ودفع المفسدة ومنهم القاضي حسين رد جميع قواعد مذهب الشافعي إلى القواعد الأربعة " **الضرر يزال** " – " **المشقة تجلب التيسير** " – " **اليقين لا يزول بالشك** " – " **العادة محكمة** " – وزاد السيوطي قاعدة خامسة وهي " **الأمور بمقاصدها** " [١].

ولعل العلة في ذلك هي أن العلم برجوع المسائل الفقهية إلى هذه القواعد مبناه على الاجتهاد وتطبيق ما يكون الحال فيه كذلك فإنه يختلف باختلاف أهل النظر ويتبين ذلك من الكتب التي وردت في هذا الموضوع والتي تثبت أن علماء جميع المذاهب قد بحثوا فيها.

ومن أهم هذه الكتب هي:

أولاً: مذهب الأحناف:

١ – أول من يروي عنه بعض القواعد في مذهب الإمام أبي

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ١٥.

حنيفة هو الإمام أبي ظاهر الدباس إمام أهل الرأي فيما وراء النهر فقد جمع أهم ما في مذهب الإمام أبي حنيفة، في سبع عشرة قاعدة فسافر إليه القاضي " أبو سعيد الهروي " وسمعها عنه ثم تطاول العلماء بعد ذلك في إعطاء هذا الفن صبغة خاصة فتطاولوا في هذا الميدان ولكن أبي طاهر لم يدون هذه القواعد وإنما أخذها عنه الكرخي.

٢ – رسالة الكرخي – وهذه الرسالة في علم القواعد وهي أقدم رسالة وردت إلينا وقد ذكرنا فيها الأصول التي عليها مدار مذهب الإمام أبي حنيفة وقد عني بها الإمام أبو حفص النسفي المتوفى سنة سبع وثلاثين وخمسمائة هجرية.

فذكر هذه القواعد ونظائرها والظاهر أن الكرخي أخذ قواعد الدباس السبعة عشر وأضاف إليها عشرين فصارت سبع وثلاثين وهي معروفة إلى اليوم باسم " أصول الكرخي ".

٣ – " كتاب تأسيس النظر للدبوسي " وقد كتبه من فقهاء الحنفية الإمام أبو زيد عبد الله بن عمر بن عيسى القاضي وكنيته أبو زيد الدبوسي نسبة إلى دبوسة وهي قرية بين بخارى وسمرقند وقد توفي ببخارى سنة أربعمائة وثلاثين هجرية عن ثلاث وستين سنة.

وقد قسم كتابة هذا تأسيس النظر للدبوسي على ثمانية

أقسام وذكر الخلاف بينه وبين الإمام الشافعي وقد راعى في كتابه رد الفروع إلى الأصول كل المسائل التي تناولها.

٤ – الأشباه والنظائر للإمام ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نجيم وهو اسم أحد أجداده ولد سنة ٢٢٦هـ وتوفي عام ٢٩٧هـ وكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم كتاب قيم عظيم النفع [١].

وقد قسم هذا الكتاب إلى سبعة فنون:

الأول: في معرفة القواعد الفقهية والفروع التي تندرج تحتها.

الثاني: الضوابط وما دخل فيها وما خرج منها وهو أنفع الأقسام للمجتهد والمفتي والقاضي [٢].

الثالث: معرفة الجمع والفرق من الأشباه والنظائر.

الرابع: معرفة الألفاظ من أبواب الفقه على سبيل المثال لو قيل لك ما أفضل المياه فقل ما نبع من بين أصابع النبي ﷺ.

الخامس: في الحيل جمع حيلة وهي الحذق وبعد النظر والمراد بها ما يكون مخرجا شرعيا لمن ابتلي بحادثة دينية وذلك كمن ابتلي

---

(١) الأشباه والنظار لابن نجيم صـ١٠٥.

(٢) الدر المنثور للزركشي صـ٢٢.

بحيض أو نفاس فما يكون مخرجه في الصلاة والزكاة وغيرها.

السادس: في الأشباه والنظائر.

السابع: ما حكي عن الإمام الأعظم وصاحبيه والمشايخ المتقدمين والمتأخرين وكتاب ابن نجيم أعظم الكتب وأوسعها فائدة وأهمها للفقيه.

ثانيا: المالكية:

١ – الفروق لصاحبها ابن عباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس الصباحي القرافي وقد جمع في هذا الكتاب القواعد الفقهية والفروق بين المتشابه وطريقة القرافي هذه تنمي الملكة الفقهية وتمرن الفقهاء على طريقة الاجتهاد وكيفية الاستنباط والترجيح.

٢ – " أصول الفتيا " تأليف محمد بن حارث بن أسد الخشني المتوفى سنة ٣٦١هـ والكتاب يتضمن أصولا مالكية ونظائر في الفروع وبعض الكليات رتبه مؤلفه على أبواب الفقه " الطهارة – الصلاة – الصيام – الزكاة – الحج ".

كما أضاف أبوابا جديدة مثل أحكام المرأة الشروط ويلاحظ أنه يفتتح أبوابه بأصل فقهي من أصول المالكية مثل افتتاحه حد الزنا بقوله: " أن الحدود تدار بالشبهات ولا يقام مع الرجم شيء

من الحدود لا القصاص ".

ثالثا: كتب الشافعية:

١ – قواعد الأحكام في مصالح الأنام للفقيه الشافعي عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام.

" وهذا الكتاب أسماه القواعد الصغرى وهو متداول معروف باسم قواعد الأحكام في مصالح الأنام ".

وهذا الكتاب قد أرجع جميع قواعد الفقه إلى قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد، بل أرجع الكل إلى اعتبار المصالح فقط لأن اعتبار المصالح يستلزم عنه رد المفاسد.

٢ – كشف الظنون وهو المعروف بالقواعد الكبرى وهو الإمام العز بن عبد السلام في قواعد الفقه.

٣ – تخريج الفروع على الأصول للزنجاني الشافعي وهو الإمام أبو البقاء محمود بن أحمد بن محمود الزنجاني الشافعي وكتابه هذا ليس كله في القواعد الفقهية، بل ذكر فيه الزنجاني قواعد أصولية كمحاولة منهجية لربط الفروع والجزئيات بأصولها وعني ببيان مسائل الخلاف بين الإمام أبي حنيفة والشافعي وذكر كل مسألة ورد فيها خلاف بينهم (١).

---

(١) الدر المنثور للزركشي صـ٢٦.

٤ – الأشباه والنظائر للسبكي – لمؤلفها الإمام تاج الدين عبد الوهاب بن على بن عبد الكافي بن على بن تمام السبكي المولود سنة ٧٢٧هـ والمتوفى سنة ٧٧١هـ وقد ألف هذا الكتاب في القواعد وأسماه بالأشباه والنظائر وهو يدل على علم السبكي ومدى تبحره في علم القواعد وهو يلحق الفروع بالقاعدة دون التزام بالمنهج الفقهي وأضاف إليها كثير من النكت والفوائد التي لها وزنها في علم القواعد.

٥ – الأشباه والنظائر للسيوطي – لكاتبها الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المولود سنة ٨٤٩هـ وهذا الكتاب يعتبر ثروة علمية في علم القواعد وقد اشتمل على كتب سبعة[(١)]:

الأول: في شرح القواعد الخمسة التي هي أصل المذهب الشافعي، في " العادة محكمة " – " اليقين لا يزول بالشك " – " المشقة تجلب التيسير " – " الضرر يزال ".

الثاني: قواعد يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية.

الثالث: في القواعد المختلفة فيها ولا يطلق الترجيح في

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٤، ٥ – طبعة عيسى الحلبي، والدر المنثور للزركشي صـ٢٩.

أحدها.

الرابع: في الأحكام التي يكثر ورودها ويقبح بالفقيه جهلها كأحكام المفلس والجاهل والمكره والمجنون إلى غير ذلك.

الخامس: في الأشباه والنظائر وهي مرتبة على ترتيب أبواب الفقه.

السادس: في الفروق من الأبواب المتشابهة.

السابع: الدر المنثور للزركشي وهو من أعظم كتب القواعد في مذهب الشافعية لصاحبه الإمام بدر الدين الزركشي.

رابعا: كتب الحنابلة في القواعد:

" القواعد في الفقه الإسلامي " لصاحبها عبد الرحمن بن رجب بن حسين بن محمد بن أبي البركات النقيب الإسلامي البغدادي ثم الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٩٥هـ وقد جمع القواعد الفقهية وأكثر منها حتى أنه وضع لكل فرع فقهي قاعدة خاصة به وهكذا أراد الله تعالى أن يخص من علمائه من شاء لحفظ شريعته الغراء تنفيذا منه تعالى لوعده الحق: ﴿ **إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ** ﴾ [١].

---

(١) سورة الحجر الآية ٩.

مناهج المؤلفين في القواعد الفقهية:

ينقسم منهج المؤلفين في القواعد الفقهية إلى قسمين:

الأول: منهجهم في الترتيب

الثاني: منهجهم في المضمون

القسم الأول: منهج المؤلفين في الترتيب:

سلك مؤلفوا القواعد الفقهية مناهج مختلفة في ترتيب مؤلفاتهم ويمكن تقسيمها إلى المناهج الآتية:

١ – الترتيب الهجائي: ويعتمد هذا المنهج على ترتيب القواعد ترتيبا ألفبائيا مراعيا في ذلك الحرف الأول من كل قاعدة فقاعدة " الأمور بمقاصدها " توضع في حرف الألف و " العادة محكمة " توضع في حرف العين و " المشقة تجلب التيسير " توضع في حرف الميم دون نظر إلى موضوع القاعدة وما ينتج عنها من المسائل وقد لجأ العلماء الذين ألفوا كتبهم بهذه الصورة كالإمام الزركشي تفاديا لاشتمال القاعدة وأبواب متعددة مما يستدعي تكرارها مع كل باب أو ذكرها في باب واحد وإغفال بقية الأبواب وقد سار على هذا النهج الإمام الزركشي في الدر المنثور والإمام أبو سعيد الخادمي في كتابه مجامع الحقائق [١].

---

(١) الدر المنثور للزركشي ج١ صـ١٢٠.

٢ – الترتيب الموضوعي من حيث شمولية القاعدة والاتفاق عليها:

ويعتمد هذا المنهج على شمولية القاعدة ومقدار ما يندرج تحتها من مسائل وفروع ومراعات اتفاق العلماء على اعتبار القاعدة واختلافهم فيها [١].

وهؤلاء قسموا القواعد إلى ثلاثة أقسام:

أ – قواعد يرجع إليها أغلب مسائل الفقه وهي القواعد الخمس: الأمور بمقاصدها – اليقين لا يزول بالشك – المشقة تجلب التيسير – العادة محكمة – الضرر يزال.

ب – قواعد كلية يرجع إليها بعض مسائل الفقه كقاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد وإعمال الكلام أولى من إهماله فهذه القواعد تدخل في كثير من الأبواب إلا أنها لا تصل إلى شمولية القواعد الخمس.

ج – قواعد خلافية وهذه القواعد التي وردت بصيغة الخلاف وانبنى على الخلاف فيها خلاف في مسائل فرعية كقاعدة النذر هل يسلك به مسلك الواجب أو الجائز وقاعدة العبرة بالحال أو بالمآل – هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها.

وعلى هذا المنهج سار مؤلفوا الأشباه والنظائر وهم: تاج

---

(١) الدر المنثور للزركشي ج١ صـ١٢٠.

الدين السبكي والإمامين جلال الدين السيوطي وبدر الدين بن نجيم الحنفي وإن كان بينهم خلاف في القسم الثالث من القواعد وهو القواعد المختلف فيها فأثبته الإمام السبكي والسيوطي وأسقطه الإمام ابن نجيم [١].

٣ – جمع القواعد دون ترتيب: وهذا المنهج يعني بجمع القواعد دون مراعاة لترتيب معين والغالب على من سار عليه ترتيب القواعد ترتيبا تسلسليا وعلى هذا سار ابن رجب الحنبلي في قواعده وابن عبد الهادي في مغني ذوي الأفهام.

٤ – الترتيب الفقهي: هذا المنهج يلتزم بترتيب القواعد حسب الأبواب الفقهية (الطهارة – الزكاة – الصيام – الحج).

وعلى هذا المنهج سار المقري في قواعده ومحمود حمزة في الفوائد البهية والشيخ محمد البقوري في " ترتيب فروق القرافي"[٢].

القسم الثاني: ترتيب القواعد حسب المضمون

وترتيب القواعد حسب المضمون أخذ صورتين:

الأولى: دمج القواعد الفقهية مع القواعد الأصولية وهذه الظاهرة بدت لدى مؤلفوا القواعد الفقهية منذ بدايتها ذلك كالإمام

---

(١) الأشباه والنظائر للمقري ج١ صـ١٤١.

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي صـ١٤٢، الفروق للقرافي صـ١١١ ، الدر المنثور للزركشي ج١ صـ١٢٠.

أبي زيد الدبوسي في كتاب " تأسيس النظر " فقد أورد فيه إلى جانب القواعد الفقهية مبحث الاحتجاج بقول الصحابي دلالة العام والخاص وكذا الإمام القرافي في الفروق فقد أدخل قاعدة الشرط والمانع وقاعدة الواجب المخير وقاعدة اقتضاء النهي الفساد.

الثانية: إدماج القواعد الفقهية مع موضوعات فقهية أخرى وأحكام عقائدية.

وذلك كالإمام الزركشي في الدر المنثور فقد أدخل إلى جانب القواعد الفقهية أحكام فقهية أخرى مثل أحكام الفسخ وأحكام النية وجلسات الصلاة، ونجد الإمام القرافي قد ضمن قواعده قاعدة (الغيبة والنميمة) و (الطيرة والفأل) و(الحسد والغبطة).

وأدخل ابن رجب في قواعده (أحكام القبض في العقود) و(أنواع الملك) و(أقسام الأيدي المستولية على ملك الغير) [١].

---

(١) الأشباه والنظائر للمقري ج١٤٣، الدر المنثور للزركشي ج٣ صـ٤١ – ٥٢، قواعد ابن رجب صـ٧١٠ : ١٧٩ – ٢٠٦.

الفصل الثاني

القواعد الخمسة المتفق عليه

١ - الأمور بمقاصدها.

٢ - اليقين لا يزول بالشك.

٣ - المشقة تجلب التيسير.

٤ - الضرر يزال.

٥ - العادة المحكمة

القاعدة الأولى

الأمور بمقاصدها.

المعنى العام للقاعدة:

هو أن جزاء العمل إنما يتقرر بناء على نية صاحبه إن خير فخير وإن شراً فشر وذلك لأن النية بالنسبة للعمل كالروح بالنسبة للجسد. فلا يتبين حقيقة العمل إلا من خلال النية.

معاني المفردات:

الأمور جمع أمر معناها اللغوي الفعل والحال يقال فلان أموره مستقيمة أي أحواله وقد ورد في الآية الشريفة﴿ مَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾ يقصد بذلك حال فرعون والأمر يجئ بمعنى طلب الفعل والقول ويجمع على أوامر وهنا لا يقصد هذا المعنى وإنما يقصد بالأمر الفعل ويجمع على أمور وبما أن الفعل هو عمل الجوارح والقول أيضاً من جملة الأفعال لأنه من فعل جارحة اللسان وقد قرن الفعل بالقصد هنا في قوله الأمور بمقاصدها وهذا دليل على أن الثواب والجزاء إنما يتحدد طبقاً للمقصود من هذا الفعل.

أصل القاعدة

الأصل في هذه القاعدة قوله ﷺ : " **إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى.**

وهذا حديث صحيح مشهور أخرجه الأئمة الستة وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب والعجب أن مالكاً لم يخرجه في الموطأ وأخرجه بن الأشعث في سننه من حديث على بن أبي طالب ورواه أبو نعيم في الحلية من حديث أبي سعيد الخدري وابن عساكر في أماليه من حديث أنس كلهم بلفظ واحد وقد ورد في سنن البيهقي حديث النبي ﷺ "**لا عمل لمن لا نية له**".

وقد ورد في مسند الشهاب.. نية المؤمن خير من عمله" وفي الصحيح من حديث سعد بن أبي وقاص "**إنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت فيها حتى ما يجعل في في امرأتك**".

وفي حديث بن عباس "**ولكن جهاد ونية**".

وفي حديث بن مسعود "رب قتيل بين الصفين الله أعلم بنيته" وفي حديث بن ماجة من حديث جابر وأبي هريرة "يبعث الناس على نياتهم".

وفي حديث أبي هريرة "**من أتى فراشه وهو ينوي أن يقوم يصلي من الليل فغلبته عينه حتى يصبح كتب له ما نوى**".

فهذه الأحاديث وغيرها كثير لا يتسع المقام لذكرها تبين أن النية هي الأساس في تحديد جزاء العمل.

أهمية حديث النية:

فقد ذكر الإمام السيوطي قوله أنه قد تواتر النقل عن الأئمة في تعظيم قدر حديث النية.

قال أبو عبيدة ليس في أخبار النبي ﷺ شيء أجمع وأغنى وأكثر فائدة منه.

واتفق الإمام الشافعي وأحمد وابن مهدي وابن المديني وغيرهم على أنه ثلث العلم ومنهم من قال ربعه ووجه البيهقي كونه ثلث العلم في أمرين:

١- أن كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه فالنية أحد هذه الأقسام الثلاثة وأرجحها لأنها قد تكون عبادة مستقلة وغيرها محتاج إليها ومن ثم ورد "نية المؤمن خير من عمله".

٢- وهو ما ورد عن الإمام أحمد أنه أراد بكونه ثلث العلم أنه أحد القواعد الثلاث التي ترد إليها جميع الأحكام عنده فإنه

قال أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث حديث "الأعمال بالنيات" وحديث "**من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد" وحديث "الحلال بين والحرام بين**".

وتواترت الأقوال عن العلماء في أن أصول العلم أربعة أو خمسة مختلفة المتفق عليه فيما بين العلماء هو حديث الأعمال بالنيات.

ولذلك قال ابن مهدي حديث النية يدخل في ثلاثين باباً من أبواب العلم.

وقال الشافعي يدخل في سبعين باباً من أبواب العلم مثل العبادات كلها كالوضوء والغسل فرضاً أو نفلاً ومسح الخف والتيمم وإزالة النجاسة وغسل الميت على رأي والأواني في مسألة الضبه بقصد الزينة أو غيرها والصلاة سواء أكانت فرض عين وكفاية ونفلا وسنة وجمع وقصر والإمامة والاقتداء وسجود التلاوة والشكر وأداء الزكاة واستعمال الحلي وكنزه والتجارة والقنية والخلطة وصدقة التطوع والصوم فرضاً ونفلاً والاعتكاف والحج والعمرة والطواف والتحلل والتمتع والقران والفدية والهدي والضحايا فرضاً ونفلا ونذراً والكفارات والجهاد والوصية والنكاح ونشر العلم والحكم بين الناس وإقامة الحدود بل يسرى ذلك إلى المباحات إذا

قصد بها التقوى على العبادة والتوصل إليها.

ومما يدخل فيه من العقود كنايات العقود جميعاً ويدخل في غير الكنايات لأن اللفظ الصريح في كل شيء لا يحتاج إلى نية وفي القصاص حيث يفرق بين القتل العمد وشبه العمد والخطأ وفي الردة والسرقة وأخذ آلات اللهو يقصد كسرها أو إشهارها بين الناس.

وأخذ آلات الملاهي هل هو للسرقة أو لمنع المنكر وأخذ اللقطة للحفظ أو التمليك كل ذلك يختلف باختلاف النية.

ووطء الأجنبية يختلف بين كونه يعتقد حلها أو يعتقد حرمتها وعصير العنب للشرب أو الخلية والخمرية وترك الطيب والزينة فوق مدة الحداد إن كان بقصد الاحتداد حرم وإلا فلا ولذلك ذكر الشافعي أنها تدخل في سبعين باباً من أبواب الفقه.

ما يترتب على قاعدة الأمور بمقاصدها

١ – ربط الفعل بالقصد:

يترتب على ربط الفعل بالقصد في الثواب والعقاب عدة أمور أهمها:

١- **أن النية التي لا تقترن بفعل ظاهري** لا يترتب عليها

أحكام شرعية وبالتالي لو طلق زوجته في قلبه أو باع فرسه ولم ينطق بلسانه لا يترتب على ذلك الفعل الباطني حكم لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالظواهر وكذا لو اشترى شخص مالاً بقصد أن يوقفه وبعد أن اشتراه لم يتكلم بما يدل على وقفه ذلك المال وبالتالي فلا يصير وقفاً وكذلك لو نوى شخص غصب مال شخص آخر ولم يغصبه وتلف ذلك المال في يد صاحبه لا يضمن الناوي بمجرد النية.

٢- الأفعال بلا نية

أما الأفعال بلا نية فحكمها على النحو التالي:

أ- أن الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية ويكفي حصول الفعل لترتب الحكم عليها إذا أن الأفعال الصريحة لا تكون النية متحملة فيها مثال ذلك لو قال شخص لآخر بعتك مالي هذا أو أوصيت لك بمالي يصح البيع والوصية وكذا الإقرار والوكالة والإبداع والإعارة والقذف والسرقة كلها أمور لا تتوقف على النية بل فعلها يكفي للترتب الحكم عليها.

ب- الألفاظ غير الصريحة

الألفاظ غير الصريحة يختلف حكم اللفظ الواحد فيها

باختلاف مقصد الفاعل كالبيع مثلا إذا استعمل بصيغة المضارع كقول البائع أو المشتري أبيع أو أشتري إذا قصد به الحال انعقد البيع وإذا قصد به الاستقبال لا ينعقد لأنه باختلاف القصد يختلف الحكم.

وأما صيغة الماضي فينعقد البيع ولا يتوقف على النية لكونها من الصيغ المستعملة الصريحة في العقود المقصود بها الحال وكذلك الشخص الذي يحرز مالاً مباحاً إذ أحرزه بقصد التملك يصبح ملكاً له وإلا فلا.

وكذا لو وضع شخص إناء في المطر وتجمع الماء فيه فإذا وضعه بقصد تجميع الماء وإحرازه يصبح مالكاً له وفي هذه الحالة لو اغتصب الماء أحد يضمنه أما إذا كان قد وضع الإناء بقصد غسله بماء المطر لا يقصد جمع الماء وأخذه أحد لا يضمن لأن صاحب الإناء لم يقصد جمع الماء وبالتالي لم يملكه.

٣- الأحكام الشرعية التي لا تختلف باختلاف النية والقصد والمقصود بذلك أن بعض الأحكام الشرعية يترتب الحكم عليها بلا نظر إلى النية والقصد وذلك مثل لو أخذ شخص مال آخر مزاحاً بدون إذنه فبمجرد وقوع الأخذ يكون الأخذ غاصبا

ولا ينظر إلى نيته. وكذلك لو أتى شخصاً عملاً غير مأذون فيه فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله ولو حصلت عن غير إرادة منه مثال ذلك ما لو شاهد شخص سكران وأخذ النقود التي يحملها بقصد حفظها من أن تسقط منه فحكمه حكم الغاصب ويصبح ضامناً للمال.

مباحث يتعلق بالنية

هذه القاعدة السابقة وهي الأمور بمقاصدها ومعها قاعدة لا ثواب إلا بنية. يشملها الحديث عن النية وفيه عشرة مباحث

الأول في بيان حقيقتها.

الثاني في بيان ما شرعت لأجله.

الثالث تعيين المنوي وعدم تعيينه.

الرابع في التعرض لصفة المنوي من الفرضية والنفلية.

الخامس في بيان الإخلاص فيها.

السادس في بيان الجمع بين عبادتين بنية واحدة.

السابع في بيان وقتها.

الثامن في بيان عدم اشتراط استمرارها وحكمها في كل ركن من الركان.

التاسع في بيان محلها.

العاشر في بيان شروطها.

وسنتناول كل مبحث على حدة.

الأول: بيان حقيقة النية.

أولاً: النية لغة القصد كما قال في القاموس نوى الشيء ينويه نية أي قصده وعزم عليه وانتوى الأمر أي قصده وفي الشرع كما في التلويح قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل.

وعرفت عند الفقهاء بأنها قصد الشيء مقترنا بفعله وعرفها البيضاوي بأنها لغة انبعاث القلب نحو ما تراه موافقاً لغرض من جلب نفع أو دفع ضرر حالاً أو مآلاً وشرعاً الإرادة المتوجهة نحو الفعل ابتغاء لوجه الله تعالى وامتثالاً لحكمه.

الثاني: ما شرعت النية لأجله.

وهو تمييز العبادات من العادات وتمييز رتب العبادات بعضها عن بعض وذلك كالإمساك عن المفطرات قد يكون حمية أو تداوياً أو لعدم الحاجة إليه أو لأجل الصيام فلا يميز بعضه عن بعض إلا النية والجلوس في المسجد قد يكون للاستراحة ودفع المال قد يكون هبة أو لغرض دنيوي وقد يكون قربة كزكاة أو صدقة والذبح قد يكون للأضحية فيكون عبادة وقد يكون للأكل فيكون مباحاً أو لقدوم أمير فيكون حراماً.

ثم التقرب إلى الله تعالى قد يكون بالفرض والنفل فشرعت النية لتمييزها عن بعضها. ويتفرع على هذا أن ما لا يكون إلا عبادة ولا يلتبس بغيره لا تشترط فيه كالإيمان بالله وقراءة القرآن والأذكار لأنها متميزة إنها لذات الله.

ونقل العيني في شرح البخاري الإجماع على أن التلاوة والأذكار والآذان لا تحتاج إلى نية وكذلك الصلاة على النبي ﷺ.

الثالث تعيين المنوي وعدم تعينه

والأصل في هذا أن المنوي أما أن يكون من العبادات أو لا فإن كان عبادة فإن كان وقتها يسع المؤدي وغيره لزم التعيين كالصلاة فلابد من تعيينها من فرض أو نفل أو أداء قضاء وعلامة التعيين للصلاة بأن المصل لو سئل عن أي صلاة يصلي أجاب بلا تأمل. وإن كان وقتها معياراً لها بمعنى أنه لا يسع غيرها كالصوم فإن التعيين ليس بشرط إن كان الصائم صحيحاً مقيما وإن كان مريضاً فالصحيح أنه لا يقع إلا عن رمضان أيضاً سواء نوى أو لم ينوي.

واشتراط التعيين فيما يلتبس دون غيره لقوله ﷺ "وإنما لكل امرئ ما نوى" وهو ظاهر في اشتراط التعيين.

وعلى ذلك فإنه يشترط التعيين في الفرائض لتساوي الظهر والعصر صوره وفعلاً فلا يميز بينهما إلا التعيين وفي النوافل غير المطلقة كالرواتب فيعينها بإضافتها إلى الظهر مثلاً وكونها التي قبلها أو التي بعدها.

وكذا العيدين فيعينها بالفطر أو الأضحى وقال الشيخ عز الدين ينبغي ألا يجب التعرض لذلك لأنهما يستويان في جميع الصفات فيلحق ويلحق بذلك الكفارات والتراويح والضحى والوتر والكسوف والاستفاء وهناك نوافل أخر مثل ركعتا الإحرام والطواف فيلزم تعينها كما ذكر في المهمات. ويشترط النية لصيام رمضان ولا يشترط ذكر اليوم ويشترط التعيين في صوم عاشوراء وعرفة والأيام البيض.

ويترتب على تعيين المنوي وعدم تعينه قاعدة وهو أن ما لا يشترط التعرض له جملة وتفصيلاً إذا عينه وأخطأ لم يضر.

وذلك كتعيين مكان الصلاة وزمانها وكما إذا عين الإمام من يصلي خلفه أو صلى في الغيم أو صام الأسير ونوى الأداء أو القضاء فبان خلافه. وما يشترط فيه التعيين فالخطأ فيه مبطل كالخطأ من الصوم إلى الصلاة ومن الظهر إلى العصر وما يجب التعرض له جملة ولا يشترط التعرض له تفصيلا إذا

عينه وأخطأ لم يصح

وفي ذلك فروع

١- نوى الاقتداء بزيد فبان عمراً لم يصح.

٢- نوى الصلاة على زيد فبان عمراً أو على رجل فبان امرأة لا يصح.

٣- لا يشترط تعيين عدد الركعات فلو نوى الظهر خمساً أو ثلاثاً لم يصح وقد ذكر النووي المسألة في شرح المهذب في باب الوضوء وفرضها في الغلط فقال ولو غلط في عدد الركعات فنوى الظهر ثلاثاً أو خمساً قال أصحابنا لا يصح ظهره وعلله بالتقصير.

كذلك لو صلى على موتى لا يجب تعيين عددهم فلو عددهم فبانوا أكثر أعاد الصلاة على الجميع.

٤- نوى قضاء ظهر الاثنين فبان أن عليه صوم يوم الثلاثاء لم يجزئه.

٥- نوى ليلة الاثنين صوم يوم الثلاثاء لم يصح.

٦- كان عليه قضاء اليوم الأول من رمضان فنوى قضاء اليوم الثاني لم يجزئه.

٧- عين زكاة ماله الغائب فكان تالفاً لم يجزئه عن الحاضر.

٨- نوى كفارة الظهار فكان عليه كفارة قتل لم يجزئه.

٩- نوى قضاء دين فبان أنه ليس عليه لم يجزئه عن غيره.

ما يترتب على ما شرعت النية لأجله وهو التمييز بين العبادة والعادة

١- اشتراط التعرض للفرضية في العبادات من الوضوء والغسل والصلاة والزكاة والصوم والخطبة وأما الحج والعمرة فلا يشترط لأنه لو نوى النفل انصرف إلى الفرض ويشترط التعيين أيضاً في الكفارات.

٢- الإخلاص وهو تمحيص النية لوجه الله عز وجل ومن ثم لم تقبل النيابة لأن المقصود اختبار امتثال الإنسان للعبادة وقال بن القاضي لا يجوز التوكيل في النية إلا فيما اقترنت بفعل كتفرقة الزكاة وذبح أضحية وصوم عن ميت وحج وقال بعض المتأخرين الإخلاص أمر زائد على النية لا يحصل بدونها وقد تحصل بدونه ونظر الفقهاء قاصر على النية وأحكامهم تجري عليها وأما الإخلاص فأمره إلى الله.

ولابد في نية العبادة الإخلاص والخشوع وهو التذلل والخضوع على أبلغ الوجوه ونية الطاعة وهي فعل ما أراده الله منه ونية القربى وهي طلب الثواب بالمشقة في فعلها وأن ينوي أن يفعلها مصلحة له في دينه.

التشريك في النية وضابطها أقسام

الأول: أن ينوي مع العبادة ما ليس بعبادة فقد يبطلها كما لو ذبح الذبيحة لله ولغيره فبانضمام غيره يوجب حرمة الذبيحة وما لو كبر للإحرام مرات وقد لا يبطلها مثل ما لو نوى الوضوء والغسل والتبرد ففي وجه لا يصح التشريك والأصح الصحة لأن التبرد حاصل قصده أم لا ومنها ما لو نوى الصوم والحمية والتداوي ومنها ما لو نوى الصلاة ودفع غريمه صحت الصلاة ومنها ما لو نوى الطواف وملازمة عزيمه أو السعي وراءه وما قيل من الصحة في هذه المسائل إنما هو للإجزاء أما الثواب فصرح ابن الصباغ بعدم حصوله. ومنها السفر للحج والتجارة والذي اختاره ابن عبد السلام أنه لا أجر له مطلقاً.

الرابع وقت النية:

الأصل أن وقت النية هو أول العبادة فيخرج بذلك الصوم

فيجوز تقديم نيته على اول الوقت لعسر مراقبته.

ويخرج الزكاة فالأصح تقديم النية على الدفع للعسر قياساً على الصوم.

الخامس محل النية:

محل النية القلب في كل موضع وجب فيه النية لأن حقيقتها القصد مطلقاً.

وقال البيضاوي النية عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقاً من جلب نفع أو دفع ضرر.

والشرع خصصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضا الله تعالى وامتثال حكمه.

والحاصل أن هنا أصلين

الأول: أنه لا يكفي التلفظ باللسان دون النية.

الثاني: أنه لا يشترط مع عزم القلب التلفظ.

أما الأول فمن فروعه

أنه لو اختلف السان والقلب فالعبرة بما في القلب فلو نوى بقلبه الوضوء وبلسانه التبرد صح الوضوء وعكسه فلا وكذا لو

نوى بقلبه الظهر وبلسانه العصر أو بقلبه الحج وبلسانه العمرة صح له ما في القلب.

ومنها ما لو سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد فلا تنعقد ولا يتعلق به كفارة. أو قصد الحلف على شيء فسبق لسانه إلى غيره.

وأما الأصل الثاني

وهو أنه لا يشترط مع عزم القلب التلفظ ففيه فروع كثيرة منها جميع العبادات ومنها ما لو أحيا أرضاً بنية جعلها مسجداً فإنها تصير مسجداً بمجرد النية.

ويخرج عن هذا ما لو نوى المعصية ولم يفعلها أو لم يتلفظ بها لا يأثم لقوله ﷺ : " **إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به نفسها ما لم تتكلم أو تعمل به**".

السادس شروط النية

١- الإسلام ومن ثم لا تصح العبادات من الكافر وقيل ويصح غسله دون وضوءه وتيممه وأما المرتد فلا يصح منه غسل ولا غيره وخرج عن ذلك صور:

١- الكتابية تحت المسلم يصح غسلها من الحيض ليحل

وطئها بلا خلاف للضرورة ويشترط نيتها كما لا يجزئ الكافر العتق عن الكفارة إلا بنية.

٢- الكفارة تصح من الكفار ويشترط نيتها لأن المغلب فيها جانب الغرامة والنية للتمييز لا للقربة.

٢- التمييز فلا تصح العبادة من صبي لا يميز ولا مجنون.

٣- العلم بالمنوي وبالتالي فمن جهل فرضية الوضوء أو الصلاة لم يصح منه فعلها.

ومن فروع هذا الشرط ما لو نطق بكلمة الطلاق بلغة لا يعرفها فإنه لا يقع الطلاق في الأصح.

٤- ألا يأتي بمناف للنية فلو ارتد في أثناء الصلاة أو الصوم أو الحج أو التيمم بطل.

ومن المنافي للنية قطع العبادة فلو نوى قطع الإيمان ارتد في الحال، ومن المنافي عدم القدرة على المنوي إما عقلاً أو شرعاً أو عادة.

فمن الأول نوى بوضوئه ألا يصلي صلاة وأن يصليها لم تصح للتناقض.

ومن الثاني نوى الصلاة في مكان نجس قال في المجموع

ينبغي ألا يصح.

ومن الثالث ما لو نوى صلاة العيد في أول السنة أو الطواف المنافي التردد وعدم الجزم بالفعل ومثلوا لذلك بمن اشترى عبداً للخدمة وهو ينوي إن أصاب ربحاً باعه لا زكاة عليه وقالوا لو نوى يوم الشك إن كان من شعبان فليس بصائم وإن كان من رمضان فهو صائم لم تصح نيته ولو ردد في الوصف بأن نوى إن كان من شعبان فنفل وإلا فمن رمضان صحت نيته.

قواعد تتعلق بالقاعدة

١- تخصيص العام بالنية مقبول ديانة لا قضاء عند الخصاف يصح قضاء أيضاً.

فلو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثم قال نويت من بلدة كذا لم يصح في ظاهر المذهب خلافاً للخصاف وكذا من غصب دراهم إنسان فلم حلفه الخصم عاماً نوى خاصاً وما قاله الخصاف مخلص لمن حلفه ظالم والفتوى على ظاهر المذهب فمن وقع في يد الظلمة وأخذ بقول الخصاف فلا بأس به.

٢- اليمين على نية الحالف إن كان مظلوماً وعلى نية المستحلف إن كان ظالماً.

٣- الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض فلو اغتاظ من إنسان فحلف ألا يشتري له شيئاً بفلس فاشترى له شيئاً بمائة درهم لم يحنث فلو حلف لا يبيعه بعشرة فباعه بإحدى عشرة أو بتسعة لم يحنث مع أن غرضه الزيادة لكن لا حنث إلا بلفظ.

تتمة

تجري قاعدة الأمور بمقاصدها في علم العربية أيضاً وذلك في الكلام فقال سيبويه والجمهور باشتراط القصد فيه فلا يسمى كلاماً ما نطق به النائم والساهي وما تحكيه الحيوانات المعلمة وجعله بعضهم كلاماً.

واختاره أبو حبان وفرع على ذلك من الفقه ما إذا حلف ألا يكلمه فكلمه نائماً بحيث يسمع فإنه يحنث وفي بعض الروايات المبسوط شرطاً أن يوقظه لأنه إذا لم ينتبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته.

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

معاني الكلمات:

العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع والإجارة والإعارة

اللفظ هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عن ضميره.

المعنى العام للقاعدة:

هو أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني وبالتالي ينظر إلى المعنى إذا أمكن توافقه مع اللفظ.

أما إذا اختلف اللفظ عن المعنى ولم يمكن الجمع بينهما فإنه ينظر للفظ لأنه لا يمكن الغاؤه.

أمثلة

١- بيع الوفاء استعمال كلمة البيع فيه التي تتضمن تمليك

المبيع للمشتري أثناء العقد لا يفيد التمليك لأنه لم يكن مقصود من الطرفين بل المقصود به إنما هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين ولذلك لم يخرج العقد عن كونه عقد رهن فيجري به حكم الرهن ولا يجري حكم البيع وبناء على ما تقدم يحق للبائع بيعاً وفائياً أن يعيد الثمن ويسترد المبيع كما أنه يحق للمشتري أن يعيد المبيع ويسترد الثمن ولو كان العقد بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق من الطرفين على إقالة البيع.

مثال آخر لو اشترى شخص من بقال رطل سكر وقال له خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى أحضر لك الثمن فالساعة لا تكون أمانة عند البقال بل يكون حكمها حكم الرهن وللبقال أن يبقيها عنده حتى يستوفى دينه فلو كانت أمانة كما ذكر المشتري لحق له استرجاعها من البائع بصفتها أمانة يجب على الأمين إعادتها.

مثال ثالث لو قال شخص لآخر وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة جنيه فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة وتجري فيه أحكام البيع فإذا كان المبيع عقاراً تجري فيه أحكام الشفعة

وغيرها من أحكام البيع.

مثال رابع لو قال شخص لآخر قد أعرتك هذا الفرس لتركبه إلى بخمسين قرشا فالعقد يكون عقد إيجار لا عقد إعارة رغماً من استعمال كلمة الإعارة في العقد لأن الإعارة هي تمليك منفعة بلا عوض وهنا يوجد عوض.

مثال خامس لو أعطى شخص آخر عشر كيلات حنطة أو عشر ليرات وقال له قد أعرتك إياها فيكون قد أقرضها له ويصبح للمستعير حق التصرف بالمال أو الحنطة المعارة له مع أنه ليس للمستعير التصرف بعين المار المعال بل له حق الانتفاع به بدون استهلاك العين.

مستثنيات هذه القاعدة

لهذه القاعدة مستثنيات وهي لو باع شخص شيئاً لآخر مع نفي الثمن بقوله قد بعتك هذا المال بدون ثمن يكون البيع باطلاً ولا يعتبر العقد هبة.

كذلك لو أجر شخص لآخر فرساً بدون أجرة تصبح الإجارة فاسدة ولا تكون عارية لأن الإجارة تفيد بيع المنفعة بعوض والعارية تفيد عدم العوض.

القاعدة الثانية

قاعدة اليقين لا يزول بالشك

أولاً: مفردات القاعدة

(اليقـين): لغـة قرار الشـيء يقـال يقـن المـاء فـي الحـوض بمعنى استقر.

واصـطلاحاً: هـو حصـول الجـزم أو الظـن الغالـب بوقـوع الشـيء أو عـدم وقوعـه. وقـد عرفـه الـبعض بأنـه علـم الشـيء المستتر عن نظر واستدلال.

(يزول): أي يرفع وينتهي حكمه.

(الشك): معناه التردد

واصطلاحا تردد الفعل بين الوقوع وعدمه أي لا يوجد مرجح لأحد على الآخر ولا يمكن ترجيح أحد الاحتمالين.

أما إذا كان الترجيح ممكناً لأحد الاحتمالين والقلب غير مطمئن للجهة الراجحة أيضاً فتكون الجهة الراجحة في درجة الظن والمرجوحة في درجة الوهم.

وأما إذا كان القلب يطمئن للجهة الراجحة فتكون ظناً غالباً والظن الغالب بمنزلة اليقين.

ويفهم من هذه الإيضاحات لمعنى اليقين والشك أنه لا يوجد الشك في شيء عند وجود اليقين ولا اليقين حيث يوجد الشك إذ أنهما نقيضان ولا يجوز اجتماع النقيضين والمقصود هنا بالشك إنما هو الشك الطارئ بعد حصول اليقين في الأمر.

المعنى العام للقاعدة:

هو أنها تشمل كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك فاليقين السابق لا يزول بالشك الطارئ وأنه لا يزول إلا بيقين مثله مثل: ما إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة فانقطعت أخباره مدة طويلة فانقطاع أخباره يجعل شكا في حياته إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين وهو حياته المتيقنة قبلاً.

وعلى ذلك فلا يجوز الحكم بموته وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته يقيناً وبالعكس إذا سافر آخر بسفينة وثبت غرقها فيحكم بموت الرجل لأن موته ظن غالب والظن الغالب كما تقدم بمنزلة اليقين.

مثال آخر لو اقر شخص بمبلغ لآخر قائلاً أظن أنه يوجد لك بذمتي كذا مبلغ فإقراره هذا لا يترتب عليه حكم لأن الأصل براءة الذمة والأصل هو المتيقن فما لم يحصل يقين بشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له إذ أن إقراره لن ينشأ منه عن يقين

بل عن شك وظن وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر كما لا يخفي.

دليل هذه القاعدة

ما رواه مسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: **"إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً".**

رواه مسلم من حديث أبي هريرة واصله عن عبد الله بن زيد قال شكى إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً.

وروى أيضاً عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبني على ما استيقن.

وروى الترمذي عن عبد الرحمن بن عوف قال سمعت رسول الله ﷺ **"إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أم اثنين فليبن على واحدة فإن لم يتيقن صلى اثنتين أم ثلاثاً فليبن على اثنتين فإن لم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً فليبن على ثلاث وليسجد سجدتين قبل أن يسلم".**

وهذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه.

القواعد التي تندرج تحت هذه القاعدة

١ – الأصل بقاء ما كان على ما كان

ومعناها أنه ينظر للشيء على أي حال كان فيحكم بدوامه على هذه الحال ما لم يقم دليل على خلافه وهذه القاعدة ترى الاستصحاب كما هو معلوم في علم الأصول والاستصحاب هو الحكم بتحقق وبثبوت شيء بناء على تحقق وثبوت ذلك الشيء في وقت من الأوقات والاستصحاب حجة رافعة لا حجة مثبتة وهو على قسمين:

استصحاب الماضي بالحال

واستصحاب الحال بالماضي

استصحاب الماضي بالحال هو الحكم على الشيء ببقائه على الحال الذي كان عليه في الزمن السابق ما لم يقم الدليل على خلافه ويقال له استصحاب الماضي بالحال

استصحاب الحال بالماضي هو اعتبار حالة الشيء في الزمن الحاضر أنها حالة ذلك الشيء في الزمن الماضي ما لم

يثبت خلاف ذلك بالدليل مثال ذلك من يتقن الطهارة وشك في الحدث فهو متطهر أو يتقن الحدث وشك في الطهارة فهو محدث إذا جلس للوضوء ومعه ماء وشك هل توضأ أو لا يعد متوضأ مثال ذلك لو ثبت تحقق شيء في الماضي ثم حصل شك في زوال ذلك الشيء في الوقت الحاضر كالمفقود مثلاً وهو الذي يغيب غيبة منقطعة إذا حصل شك في الوقت الحاضر في حياته أو موته فباستصحاب الماضي بالحال يحكم بحياة المفقود إذا أنها الشيء المتحقق في الماضي فلا يجوز الحكم بموته ولا حياته ولا قسمة تركته بين الورثة ما لم يثبت موته أو تنقرض أمثاله بوصوله سن التسعين.

مثال ثاني لو ادعى المدين وصول الدين للدائن والدائن أنكر الإيصال فالقول قول الدائن مع اليمين لأن الدين تعلق بذمة المدين في الماضي فيحكم تبعاً لقاعدة استصحاب الماضي بالحال على المدين بتأدية المبلغ بعد حلف الدائن اليمين وهذا إذا لم يثبت المدين إيقاع الإيصال.

هذا استصحاب الحال بالماضي كما ذكرنا أن يكون فيه حال الشيء في الوقت الحاضر معلوماً إلا أنه يوجد شك في عدم ذلك الشيء في الوقت الماضي.

مثال ذلك ما لو اختلف شخصان على ماء يسيل من دار أحدهما إلى دار الآخر في كونه قديماً أو حديثاً وعجز الفريقان على إثبات دعواهما فينظر إلى حال المسيل في الوقت الحاضر فإذا ثبت جريان الماء قبل الخصومة من ذلك المسيل يحكم ببقائه على الحال التي وجد عليها.

وكذلك لو استأجر رجل طاحوناً وادعى بعد انقضاء مدة الإجارة انقطاع الماء عن الطاحون مدة وطلب تنزيل الأجرة عن المدة التي انقطع فيها الماء وصاحب الطاحون ادعى عدم انقطاع الماء فتحكم الحال الحاضرة فإذا كان الماء جارياً وقت الدعوى والخصومة فيستصحب الحال بالماضي والقول قول المؤجر مع يمينه وبالعكس لو كان المال مقطوعا فالقول قول المستأجر مع يمينه

مستثنيات القاعدة:

وهو أن الأمين يصدق بيمينه في براء ذمته فلو ادعى المودع أنه أعاد الوديعة أو أنها تلفت في يده بلا تعد ولا تقصير يقبل ادعاؤه مع يمينه مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعد الأمين مكلفاً بإعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المودع.

٢- القديم يترك على قدمه

ومعناها أن القديم الموافق للشرع يجب أن يترك على حاله القديم ما لم يثبت خلافه لأن بقاء ذلك الشيء مدة طويلة دليل على أنه مستند على حق مشروع فيحكم بأحقيته وهذه القاعدة مأخوذ من قاعدة.

ما كان قديماً يترك على حاله ولا يتغير إلا بحجة

ما هو القديم الذي لا يعرف أوله أما إذا كان أوله معروفاً فلا يعد قديماً.

أمثلة

لو أن ميزاب دار شخص يجري من القديم على دار شخص آخر فصاحب الدار الثانية لا يحق له منعه كما لو أن بالوعة دار تمر من دار أخرى فصاحب الدار الثانية لا يحق له سد تلك البالوعة ومنع مرورها من داره لأنه ما دام ذلك قديما يعتبر أن مرور ذلك المال لابد وأن يكون مستنداً على حق شرعي كأن كانت الدارين مشتركين فجرى تقسيمهما وكان من شروط التقسيم مرور ماء أحدهما من الأخرى.

أما القديم المخالف للشرع الشريف فلا يترك على قدمه مهما تقادم عهده لأن الضرر لا يكون قديماً مثلاً لو أن بالوعة دار تجري من القدم في الطريق العام لا ينظر إلى قدمها وتزال لأنه غير ممكن احتمال مشروعية ذلك.

٣- الضرر لا يكون قديماً

أي لا يعتبر قدمه ولا يحكم ببقائه وهذه القاعدة مخصصة للقاعدة السابقة وهي أن القديم يترك على قدمه إلا أن هذه قيدت تلك وبينت أن القديم الذي يترك على قدمه ويعتبر هو القديم غير المضر مثال ذلك

لو أن اقذار دار شخص من القديم تسيل إلى الطريق العام أو أن بالوعة دار شخص إلى البئر الذي يشرب ماؤه أهل البلد فتمنع ولا اعتبار لقدمها لأنه لا يمكن احتمال مشروعية ذلك ولا يمكن لإنسان أن يجيز حقا يكون منه ضرر عام.

٤- الأصل براءة الذمة

معناها أن الأصل أن تكون ذمة كل شخص بريئة غير مشغولة بحق آخر لأن كل شخص يولد وذمته بريئة وشغلها يحصل بالمعاملات التي يجريها فيما بعد فكل شخص يدعي

خلاف هذا الأصل يطلب منه أن يبرهن على ذلك لأنه تطلب البينة من مدعي خلاف الظاهر وخلاف الأصل.

ولذا لم يقبل في شغل الذمة شاهد واحد ما لم يعتضد بأخر أو يمين المدعي ولذا كان القول قول المدعي عليه لموافقته الأصل والبينة على المدعي لدعائه خلاف الأصل.

معنى الذمة هي العهد والأمان إذ أن نقض العهد والأمان موجب للذم.

وفي الاصطلاح بمعنى النفس والذات

والذمة في اصطلاح أصول الفقه وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه.

ومثال ذلك إذا اشترى شخص مالاً كان أهلا لتملك منفعة ذلك المال كما أنه يكون أهلاً لتحمل مضرة دفع ثمنه المجبر على أدائه والذمة وإن لم تكن هي نفس عقل الإنسان فالعقل دخل فيها ولذا فالحيوانات العجم لا توصف بالذمة وأن القول بأن الأصل براءة الذمة أصل يقصد به أن ذات الإنسان باعتبار الوصف المذكور وهو العقل برئ فعندما يقال ترتب في الذمة دين يكون معنى ذلك أنه ترتب على نفس الإنسان دين.

فروع القاعدة

إذ اختلفا في قيمة المتلف حيث تجب قيمته على متلفه كالمستعير والمستام والغاصب والمودع المتعدي فالقول قول الغارم لأن الأصل براءة ذمته مما زاد ومنها إذا توجهت اليمين على المدعي عليه فنكل لا يقضي عليه بمجرد نكوله لأن الأصل براءة ذمته بل تعرض اليمين على المدعي.

ومنها من صيغ القرض مكلتكه على أن ترد بدله فلو اختلفا في ذكر البدل فالقول قول الآخذ لأن الأصل براءة ذمته.

ومنها ما لو قال الجاني هكذا أوضحت وقال المجني عليه بل أوضحت موضحتين وأنا رفعت الحاجز بينهما صدق الجاني لأن الأصل براءة ذمته.

٥- الأصل في الصفات العارضة العدم

معنى القاعدة أن الأصل في الصفات العارضة هو عدم وجود تلك الصفات وعلى هذا فالقول للذي يدعي الصفات الأصلية وأما الذي يدعي الصفات العارضة أو انعدام الصفات الأصلية فيجب عليه الإثبات.

وذلك كما لو اشترى شخص فرساً واستلمه فادعى أن فيه عيباً

قديماً وادعى البائع سلامته من العيوب فالقول قول البائع مع اليمين لأن الصحة من الصفات الأصلية والأصل فيها الوجود.

والحاصل أن الصفات قسمان

صفة أصلية وصفة عارضة فالذي يدعي الصفة الأصلية فالقول قوله والذي يدعي الصفة العارضة يدعي خلاف الأصل فالبينة عليه.

والصفة العارضة هي التي لم توجد مع الموصوف ولم يتصف بها ذاته ابتداءاً.

والصفة الأصلية هي التي توجد مع الموصوف

فروع القاعدة

١- إذ اختلف شريكاً المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب والبنية على رب المال لإثبات الربح.

٢- ما لو باع شخص من آخر بقرة ثم طلب المشتري ردها لكونها غير حلوب وصفة الحلب طارئة فالقول هنا للبائع الذي يدعي عدم حصول هذا الشرط وعلى المدعي الذي يدعي خلاف الأصل إثبات ما يدعيه.

٣- إذا حصل اختلاف بين البائع والمشتري أو المؤجر

والمستأجر على استلام المبيع والمستأجر فالقول لمنكر الاستلام لأن الاستلام أصل.

مستثنيات هذه القاعدة

١- إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الهبة فالقول له بلا يمين وذلك لأن تلق الهبة صفة عارضة وهي خلاف الأصل فكان من الواجب بمقتضى هذه القاعدة أن يكون الموهوب له مكلفاً بإثبات ذلك ولكن بما أن الموهوب هنا ينكر وجوب الرد على الواهب فأصبح شبيهاً بالمستودع.

٢- إذا تصرف الزوج في مال الزوجة فأقرضه آخر وتوفيت الزوجة وادعى وارثها أن الزوج تصرف في المال بدون إذن وطلب الحكم بضمانه وادعى الزوج أن تصرفه كان بإذنها فالقول قول الزوج مع أن الإذن من الصفات العارضة فكان الواجب أن يكون القول للوارث.

٦- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل:

هذه القاعدة مطابقة لقاعدة الأصل إبقاء ما كان على ما كان ومتممه لها وهي نفس قاعدة الاستصحاب.

ومعنى هذه القاعدة:

أن الشيء الذي ثبت حصوله في الزمن الماضي يحكم ببقاؤه في الحال ما لم يوجد الدليل على خلافه والشيء الثابت وجوده في الحال يحكم أيضاً باستمراره من الماضي ما لم يوجد ما يزيله وعبارة ما لم يوجد المزيل فهي قيد في المادة يراد به أنه إذا وجد المزيل لا يحكم ببقاء الشيء بل يزال.

أمثلة للقاعدة

١- لو ثبت ملك شيء أو مال لأحد ما يحكم ببقاء الملكية لذلك الشخص ما لم يثبت أن المال انتقل منه لآخر بعقد بيع أو هبة أو بسبب آخر من الأسباب المزيلة للمكلية أما لو ثبت زوال الملكية ببيع أو هبة مثلاً فلا يحكم بملكية ذلك المال إلى المالك الأول.

والإدعاء ببقاء الملك يحصل بثلاثة صور:

١- أن يدعي المدعي الملك في الحال والشهود تشهد على

الماضي وذلك كقول المدعي أن هذا الشيء ملكي ويقول الشهود أن ذلك الشيء كان ملكه.

ففي هذه الصورة بما أن الشهود لا يمكنهم معرفة بقاء الملك للمالك إلا بطريق الاستصحاب فشهادتهم على ملكية المدعي في الماضي لا تثبت ملكيته في الحال ومع هذا تقبل ويحكم بموجبها.

٢- أن المدعي يدعي الملك في الماضي والشهود تشهد على الملك في الحال فهذه الشهادة لا تقبل ولا يجوز تطبيقها على الاستصحاب المقلوب وهو استصحاب الحال بالماضي.

٣- أن المدعي يدعي الملك الماضي والشهود تشهد على الملك في الماضي فلا تقبل شهادتهم أيضاً وسبب عدم قبول شهادة الشهود في الحالين الأخيرين هو أن إسناد المدعي ملكية إلى الماضي يتضمن نفي الملك في الحال لأن المدعي لو كان مالكاً في الحال لما كان له فائدة من إسناد الملكية إلى الزمن الماضي ولهذا تكون هذه الشهادة واقعة في دعوى غير صحيحة فلا تقبل.

مستثنى هذه القاعدة:

لـو نفـى شـخص جميـع مـا نسـب إليـه مـن الأمـوال وأقـر بملكيتها لشخص آخر وادعى ذلك الشخص المقر لـه كون المال الذي بيد المقر الآن كان موجوداً بيده حين الإقرار فبحسب إقراره هو ملك لي وادعى المقر بملكيته لذلك المال بعد حصول فالقول للمقـر ولا يحكـم استصـحابا أن المـال كـان موجـودا بيـده فـي الماضي لأنه وجد بيده في الحال لأن الأصل براءة الذمة.

٧- الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته

الحـادث هـو الشـيء الـذي كـان غيـر موجـود ثـم وجـد فـإذا اختلـف فـي زمـن وقوعـه وسببه فمـا لـم تثبـت نسبته إلـى الزمـان القديم ينسب إلى الزمن الأقرب منه.

فروع هذه القاعدة

١- رأى في ثوبـه منيـاً ولـم يذكر احتلامـاً لزمـه الغسل علـى الصحيح قال في الأم ويجب إعادة كل صلاة صلاها من آخر نومة نامها فيه.

٢- توضـأ من بئر أيامـاً وصـلى ثم وجد فيـه فارة لـم يلزمـه قضاء إلا ما تيقن أنه صلاه لنجاسة.

٣- ضـرب بطـن حامـل فانفصـل الولـد حيـاً وبقـي زمانـاً بـلا

ألم ثم مات فلا ضمان لأنه مات بسبب آخر.

٤- فتح قفص عن طائر فطار في الحال ضمنه وإن وقف ثم طار فلا إحالة على اختيار الطائر.

٥- ابتاع عبداً ثم ظهر أنه كان مريضاً ومات فلا رجوع له في الأصح لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد ولا يتحقق إضافته إلى السابق.

٦- إذا ادعت الزوجة أن زوجها طلقها طلاق الفار أثناء مرض الموت وطلبت إرث زوجها والورثة ادعوا طلاقها في حال صحته وأنه لا حق لها في الإرث فالقول للزوجة لأن الأصل أن الحادث المختلف في زمان وقوعه هنا وهو الطلاق فيجب أن يضاف إلى الوقت الأقرب وهو مرض الموت الذي تدعيه الزوجة ما لم يقم الورثة البنية.

٨- لو ادعى من له الخيار في البيع بعد مرور مدة الخيار أنه فسخ العقد في ظرف مدة الخيار وادعى الفريق الآخر أن الفسخ حصل بعد مضي مدة الخيار وأن الفسخ غير معتبر فالأمر الحادث وهو الفسخ يضاف إلى أقرب الأوقات وهو حصول الفسخ بعد مضي مدة الخيار والقول لمن ينكر حصول الفسخ بمدة الخيار.

أما إذا أثبت صاحب الخيار بالبينة حصول الفسخ في مدة الخيار فيحكم بموجب البينة لأنه يكون قد أثبت خلاف الأصل.

٩- لو باع الأب مال ولده وادعى الولد على والده أنه باع ماله بعد بلوغه وأن البيع غير صحيح لهذا السبب والأب أنكر وقوع البيع منه بعد البلوغ وادعى حصوله قبل البلوغ فيما أن البلوغ أقرب زمناً من قبل البلوغ فالقول للابن وعلى الأب إثبات خلاف الأصل.

مستثنيات القاعدة

١- لو ادعى شخص على حاكم معزول أنه أخذ منه بعد عزله مبلغاً قدره كذا جبراً والمدعي عليه ادعى أنه قد أخذ منه ذلك المبلغ أثناء ما كان حاكماً بعد أن أجرى محاكمته وأنه أعطى المبلغ للمحكوم له فلان فإذا كان المبلغ المدفوع قد تلف في يد المدفوع إليه فالقول للحاكم المدعي عليه لأنه يضيف فعله لزمن مناف للضمان ويدعي براءة ذمته مع أنه بحسب هذه القاعدة لما كان وقوع الأخذ بعد العزل هو أقرب زمن كان الواجب أن يعد ذلك أصلاً وعلى الحاكم المدعي أن يثبت خلاف الأصل أي حصول الأخذ قبل العزل.

٢- إذا ادعت زوجة مسيحي أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها وأن لها الحق في أن ترثه لكونها حين وفاته كانت على دينه وادعى الورثة أنها أسلمت قبل موت المورث فالقول للورثة مع أنه حسب القاعدة يجب أن يكون القول للزوجة لأن اعتناقها الدين الإسلامي أمر حادث والزوجة تدعي حدوثه في الوقت الأقرب وعلى الورثة أن يثبتوا خلاف ذلك.

والسبب في عدم جريان هذه القاعدة في مثل هذه الدعوى هو العمل بقاعدة الاستصحاب في هذه المسألة وأن اختلاف الدين الذي هو سبب الحرمان من الإرث هو موجود بالحال.

٣- لو استأجر شخص آخر لأن يحفظ ماله مدة سنه بأجرة معلومة وتلف المال وادعى الأجير استحقاق جميع الأجرة لتلف المال بعد مضي سنه وادعى صاحب المال أن المال تلف لمرور شهر من تسلم الأجير له وأن الأجير لا يستحق من الأجر سوى أجرة شهر واحد فالقول للمستأجر خلافاً للقاعدة لأن المستأجر يدعي براءة الذمة.

٨- قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة

يقول الشافعية الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل دليل على التحريم أو عدم الإباحة.

ويقول الأحناف الأصل في الأشياء التحريم حتى يدل دليل على الإباحة.

وفي البدائع أن المختار أنه لا حكم للأفعال قبل الشرع والحكم عند الشافعية وإن كان أذلياً فالمراد به هنا عدم تعلقه بالفعل قبل الشرع.

وجاء في شرح المنار أن الأصل في الأشياء الإباحة عند بعض الحنفية منهم الكرخي. وقال بعض أصحاب الحديث الأصل فيها الحظر.

ويظهر أثر الخلاف في أنه هل الأصل في الأشياء الإباحة أو الأصل فيها التحريم يظهر ذلك في الأشياء المسكوت عنها.

ويعضد الأول قوله ﷺ **"ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن ينسى شيئاً"**.

أخرجه البزار والطبراني، وأخرج الطبراني أيضاً من حديث أبي ثعلبة "**إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها وحد حدوداً فلا تعتدوها وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها**".

وفي لفظ "**وسكت عن كثير من غير نسيان فلا تتكلفوها رحمة لكم فاقبلوها**".

٢- ما رواه الترمذي وابن ماجة من حديث سلمان "**أنه ﷺ سئل عن الجبن والسمن والفراء فقال الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا عنه**".

ويتخرج على هذه القاعدة ما أشكل حاله مثل

١- الحيوان المشكل أمره وفيه وجهان أصحهما الحل كما قال الرافعي.

٢- النبات المجهول تسميته (سميته) قال المتولي يحرم أكله وخالفه النووي فقال الأقرب الموافق للمحلي عن الشافعي في كالتي قبلها الحل.

٣- النهر إذا لم يعرف حاله هل هو مباح أو مملوك هل

يجري عليه حكم الإباحة أو الملك حكى الماوردي فيه وجهين مبنيين على أن الأصل في الأشياء الإباحة أو الحظر.

٤- ما لو دخل حمام برجه وشك هل هو مباح أو مملوك فهو أولى به وله التصرف فيه جزم به في أصل الروضة لأن الأصل الإباحة.

٥- لو شك في كبر الضبة فا الأصل الإباحة ذكر في شرح المهذب.

٦- مسالة الزرافة قال السبكي المختار حل أكلها لأن الأصل الإباحة وليس لها ناب كاسر فلا يشملها أدلة التحريم وأكثر الأصحاب لم يتعرضوا لها أصلاً لا بحل ولا حرمة وصرح بحلها في فتاوى القاضي حسين والغزالي ونقل عن الإمام أحمد تحريمها ونقل في شرح المهذب الاتفاق عليه وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة ولم يذكرها أحد من المالكية والأحناف وقواعدهم تقتضي حلها.

٩- الأصل في الأبضاع التحريم

ومعنى القاعدة أن الأصل في الأبضاع جميعها الحرمة ما لم يثبت الحل بأحد طريقيه وهو النكاح أو ملك اليمين ولذا قال في كشف الأسرار الأصل في النكاح الحظر وأبيح للضرورة.

ولذا إذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرمة بنسوة قرابة محصورات لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه.

وإنما جاز النكاح في صورة غير المحصورات ضرورة رخصة من الله تعالى كما صرح به الخطابي لئلا ينسد باب النكاح.

فروع هذه القاعدة

١- ما ذكره الغزالي في الإحياء أنه لو وكل شخصاً في شراء جارية ووصفها فاشترى الوكيل جارية بالصفة ومات قبل أن يسلمها للموكل لم يحل للموكل وطؤها لاحتمال أنه أشتراها لنفسه وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهراً في الحال ولكن الأصل التحريم حتى يتيقن سبب الحل.

٢- ما ذكره الشيخ أبو محمد في التبصرة أن وطء السراري

اللائي يجلبن اليوم من الروم والهند والترك حرام إلا أن ينتصب في المغانم من جهة الإمام من يحسن قسمتها فيقسمها من غير حيف ولا زيف أو تحصل قسمة من محكم.

وهذه القاعدة إنما هي فيما إذا كان في المرأة سبب محقق للحرمة فلو كان في الحرمة شك لم يعتبر ولذا قالوا لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم رضيعه ووقع الشك في وصول اللبن إلى جوفها لم تحرم لأن في المانع شكاً.

وذكر الأحناف أن البضع وإن كان الأصل فيه الحظر فإنه يقبل في حله وحرمته خبر الواحد ولذا لو جاءت أمة وقالت لرجل أن مولاي بعثني للعهدية وظن صدقها حل وطؤها.

قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة

المقصود بالأصل الراجح وأن غالباً يكون المقصود من الكلام الحقيقة وطرق أداء المقصود بالكلام عند أهل البلاغة ثلاثة أقسام الحقيقة- المجاز- الكناية.

أما عند أهل أصول الفقه فطرق أداء المقصود قسمان حقيقة ومجاز فقط.

والحقيقة هي

استعمال اللفظ في المعنى الذي وضعه له الواضع أي واضع اللغة كقولك أسد للوحش المعروف وفرس للدابة المعلومة.

والمجاز هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له لعلاقة مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي وهذه القرينة شرط صحة المجاز.

فمثلاً لو قال شخص رأيت أسداً في الحمام يغتسل فيه يفهم من ذلك أنه رأى رجلاً شجاعاً في الحمام يغتسل لا أنه رأى الأسد الحقيقي.

والقرينة هنا هي الحمام فهي مانعة من إرادة المعنى الأصلي وهو الأسد المعروف والعلاقة بين الرجل والأسد هي

الشجاعة والجراءة والحاصل هو أن المعنى الحقيقي هو الراجح فمتى أمكن حمل اللفظ عليه لا يعدل عنه إلى المعنى المجازي لأن المعنى الحقيقي أصل والمجازي بدل والبدل لا يعارض الأصل.

ولذلك قالوا أن للقاعدة فروع كثيرة منها

١- النكاح للوطء وعليه حمل قوله تعالى: ﴿ **وَلاَ تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ** ﴾ ولذا حرمت مزنية الأب كحليلته.

٢- إذا وقف على أولاده وأوصى لهم لا يدخل في ذلك ولد الولد في الأصح لأن اسم الولد حقيقة في ولد الصلب وفي وجه يدخل ولد الولد حملاً للكلام على الحقيقة والمجاز.

٣- ومنه ما لو حلف لا يبيع ولا يشتري ولا يضرب عبده فوكل في ذلك لم يحنث حملاً للفظ على حقيقته.

٤- لو قال وقفت مالي على حفظة القرآن لم يدخل فيه من كان حافظاً ونسيه لأنه لا يطلق عليه حافظاً إلا باعتبار المجاز أي باعتبار ما كان.

٥- وقف ما له على ورثة زيد وهو حي لم يصح لأنه ما

دام حياً ليس له ورثة.

ومنها ما لو قال هذه الدار لزيد كان إقراراً له بالملك حتى لو قال أردت أنها مسكنه لم يسمع ومنها حلف ألا يأكل من هذه الشاة حنث بلحمها لأنه الحقيقة دون لبنها ونتاجها إلا أن هجرت الحقيقة جاز العمل بالمجاز.

٩- قاعدة مساغ للاجتهاد في مورد النص

ومعناها أن كل مسألة ورد فيها نص من الشارع لا يجوز للمجتهدين أن يجتهدوا فيها لأن جواز الاجتهاد أو القياس في الفروع من الأحكام مشروط بعدم وجود نص من الشارع.

والاجتهاد هو لغة التكلف ببذل الوسع

واصطلاحاً بذل الوسع في تحصيل حكم شرعي فرعي من دليله الشرعي.

والمراد من النص هنا الكتاب الكريم والسنة النبوية مثال ذلك قد نص الحديث الشريف على أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر" فبعد سماع هذا الحديث ليس لأحد أن يجتهد بخلافه ويقول اليمين على المدعي والبينة على المدعي عليه.

كما لا يجوز لمجتهد أن يجتهد في هل البيع حلال أو حرام بعد ورد النص في حله وهو قوله تعالى﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾

الاجتهاد لا ينقض بمثله

ومعناها أنه لو اجتهد المجتهد في مسألة من المسائل الشرعية وعمل باجتهاده أي حكم بموجب ذلك الاجتهاد ثم بدا له رأي آخر فعدل عن الأول في مسألة أخرى فلا ينقض اجتهاده الثاني حكمه الناشيء عن اجتهاده الأول مثل المسألة الحجرية

وكذلك لو حكم مجتهد في مسألة بموجب اجتهاده ثم حكم مجتهد ثاني في تلك المسالة عينها وكان رأي الثاني مخالفاً لرأي واجتهاد المجتهد الأول

وذكر الفقهاء أن المجتهد الذي يعتد بحكمه له شروط معينة ولا يعد مجتهد ما لم يستجمع هذه الشروط مثل البلوغ والعقل والعدالة والضبط والعلم بالكتاب وبالسنة وبالإجماع والقياس ولغة العرب والمسائل المجمع عليها حتى لا يفتي بخلافها، ومع ذلك فالمتأخرون من الفقهاء قد أجمعوا على سد باب الاجتهاد خوفا من تشتيت الأحكام ولأن المذاهب الأربعة الموجودة قد ورد فيها ما فيه الكفاية إلا أن فريقا من المسلمون وهم الشيعيون لم يزل باب الاجتهاد مفتوحاً عندهم في بلاد العجم وبلاد العراق

والحكمة في أن المجتهد لا يمكنه أن ينقضي حكماً مبنياً على الاجتهاد السابق كما أنه ليس لمجتهد ثان أن ينقضي حكم مبنياً على اجتهاد لمجتهد سابق لأنه لا يوجد ما يرجح اجتهاد على آخر ولا يمكن الحكم أو القول بأن الاجتهاد الثاني أصوب من الاجتهاد الأول لأن الاجتهاد الأول إنما هو حصول غلبة الظن على إصابة المرمى مع احتمال الخطأ فكل اجتهاد كما يجوز أن يكون صواباً يجوز أن يكون خطأ.

ولذا فقد كان عمر يحضر مجالس أبا بكر ومع أن رأيه كان يخالف رأي أبا بكر في بعضها إلا أنه لم ينقضي ذلك الاجتهاد حين تولى الحكم.

مستثنى هذه القاعدة

هو أنه إذا وجدت مصلحة عامة تقتضي نقض اجتهاد ما يجوز نقضه باجتهاد لاحق.

لا عبرة بالظن البين خطؤه

معنى هذه القاعدة:- أنه إذا وقع فعل بناء على ظن كهذا لا يعتبر ذلك الظن فإذا حصل فعل بناءاً على ظن ثم تبين أنه مخالف للحكم الشرعي يجب عدم اعتباره والظن يشبه اليقين في وجوب العمل به فالظن متى توصل إليه في مسألة ما يجب أن يعمل به.

وهذه قاعدة فقهية لها كثير من الفروع الفقهية ما يوافقها ولها من الفروع الفقهية ما يخالفها أيضاً ولكن إذا أبان الواقع خلاف هذا الظن فإن العبرة بالواقع ولا يجبره بهذا الظن الذي ثبت أن الواقع خلافه ولذلك فالظن البين خطؤه لا عبرة به والعبرة بمعنى الاعتداد أي أن الظن البين خطؤه لا يعتد به شرعاً.

فروع هذه القاعدة:-

١- ظن أنه متطهر فصلى ثم بان حدثه أعاد الصلاة على الصحيح.

٢- ظن دخول الوقت فصلى ثم بان أنه لم يدخل أعاد الصلاة.

٣- ظن طهارة الماء فتوضأ به ثم بانت نجاسته أعاد

الوضوء.

٤- ظن أن إمامه مسلم أو رجل قارئ فبان كافراً أو امرأة أو أمياً بطلت صلاته وأعاد الصلاة.

٥- ظن بقاء الليل أو غروب الشمس فأكل ثم بان خلافه فمن ظن بقاء الليل فهو صائم ومن ظن دخول الليل فهو مفطر.

٦- دفع الزكاة إلى من يظنه من أهلها فبان خلافه. فاختلف الفقهاء هل تجزؤه أم لا؟

٧- رأوا سواداً فظنوه عدوا فصلوا صلاة شدة الخوف فبان خلافه.

٨- استناب على الحج ظاناً أنه لا يرجى برؤه فبرئ لم يجز في الصور السابقة كلها.

٩- انفق على البائن ظاناً حملها فبانت حائلا استرد.

مستثنيات هذه القاعدة:- ورد في مجلة الأحكام العدلية أن هذه القاعدة لها مستثنى واحد وهو أنه لو باع شخص حيواناً من أخر فطلبه جاره بالشفعة فظن المشتري أن الشفعة تجري في المنقول كما في غيره وهو العقار وسلم الحيوان للشفيع برضاه واختياره فليس له بعد ذلك إذا اطلع على خطأ وأحب استرداد

الحيوان فليس له ذلك لأنه بتسليم المبيع يكون قد عقد بينه وبين ذلك الرجل عقد تعاط.

وجاء في الاشباه أن لها مستثنيات أخرى غير هذا منها.

١- لو صل خلف من يظنه متطهراً فبان حدثه صحت صلاته.

٢- لو رأى المتيمم ركبا فظن أن معهم ماء توجه عليه الطلب.

٣- لو خاطب امرأتة بالطلاق وهو يظنها أجنبية أو عبده بالعتق وهو يظنه لغيره نفذ الطلاق والعتق.

٤- لو وطء أجنبي أجنبية حرة يظنها زوجته الرقيقة فالأصح أنها تعتد بقرءين اعتباراً بظنه أو أمة يظنها زوجته الحرة فالأصح أنها تعتد بثلاثة أقراء لذلك.

٥- لو ظنه مصرفاً للزكاة فدفع له ثم تبين أنه غنى أو ابنه أو أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف.

٦- لو صلى في ثوب وعنده أنه نجس ثم تبين أنه طاهر أعاد الصلاة.

٧- صلى وظنه أنه محدث ثم تبين أنه طاهر أعاد

الصلاة.

٨- صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل فظهر أنه كان قد دخل لم يجزه فيها.

القواعد المتعلقة بهذه القاعدة

١ - قاعدة لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن الدليل

هذه المادة يفهم منها أن كل حجة عارضها احتمال مستند إلى دليل يجعلها غير معتبرة ولكن الاحتمال غير المستند إلى دليل فهو بمنزلة العدم.

مثال لذلك:- لو أقر لأحد ورثته بدين فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستند إلى دليل كونه في المرض.

وأما إذا كان الإقرار في حال الصحة جاز واحتمال إرادة حرمان سائر الورثة حينئذ من حيث أنه احتمال مجرد ونوع من التوهم لا يمنع حجة الإقرار ولكن إقرار المريض لغير الوارث لأن في إمكان المريض إيصال المنفعة لأجنبي بطريق الوصية لا يوجد فيه ما يوجد للوارث من الاحتمال فهو صحيح ومعتبر.

٢- قاعدة لا عبرة للتوهم:

هذه القاعدة ذكرت في الكتب الفقهية منها مجمع الفتاوى ويفهم منها أنه كما لا يثبت حكم شرعي استناداً على وهم لا يجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية بوهم طارئ.

مثال ذلك:-

١- إذا توفي المفلس تباع أمواله وتقسم بين الغرماء وإن توهم أنه ربما ظهر غريم أخر جديد والواجب محافظة على حقوق ذلك الدائن المجهول ألا تقسم ولكن لأنه لا اعتبار للتوهم تقسم الأموال على الغرماء ومتى ظهر غريم جديد يأخذ حقه منهم حسب الأصول المشروعة.

٢- إذا بيعت دار وكان لها جاران لكل حق الشفعة أحدهما غائب فادعى الشفيع الحاضر الشفعة فيها يحكم له بذلك ولا يجوز إرجاء الحكم بداعي أن الغائب ربما طلب الشفعة في الدار المذكورة.

٣- إذا كان لدار شخص نافذة على أخرى لجاره تزيد على طول الإنسان فجاء الجار طالبا سد تلك النافذة بداعي أنه من الممكن أن يأتي صاحب النافذة بسلم ويشرف على مقر النساء

فلا يلتفت لطلبه كذا لا يلتفت لطلبه فيما لو وضع جاره في غرفة مجاورة له تبنا وطلب رفعه بداعي أنه من المحتمل أن تعلق به النار فتحرق داره.

٤- كذلك إذا جرح شخص أخر ثم شفي المجروح من جرحه تماماً وعاش مدة ثم توفي فادعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون والدهم مات من الجرح لا تقبل دعواهم.

لا عبرة بالظن البين خطؤه

معنى هذه القاعدة:- أنه إذا وقع فعل بناء على ظن كهذا لا يعتبر ذلك الظن فإذا حصل فعل بناءاً على ظن ثم تبين أنه مخالف للحكم الشرعي يجب عدم اعتباره والظن يشبه اليقين في وجوب العمل به فالظن متى توصل إليه في مسألة ما يجب أن يعمل به.

وهذه قاعدة فقهية لها كثير من الفروع الفقهية ما يوافقها ولها من الفروع الفقهية ما يخالفها أيضاً ولكن إذا أبان الواقع خلاف هذا الظن فإن العبرة بالواقع ولا يجبره بهذا الظن الذي ثبت أن الواقع خلافه ولذلك فالظن البين خطؤه لا عبرة به والعبرة بمعنى الاعتداد أي أن الظن البين خطؤه لا يعتد به شرعاً.

فروع هذه القاعدة:-

١- ظن أنه متطهر فصلى ثم بان حدثه أعاد الصلاة على الصحيح.

٢- ظن دخول الوقت فصلى ثم بان أنه لم يدخل أعاد الصلاة.

٣- ظن طهارة الماء فتوضأ به ثم بانت نجاسته أعاد الوضوء.

٤- ظن أن إمامه مسلم أو رجل قارئ فبان كافراً أو امرأة أو أمياً بطلت صلاته وأعاد الصلاة.

٥- ظن بقاء الليل أو غروب الشمس فأكل ثم بان خلافه فمن ظن بقاء الليل فهو صائم ومن ظن دخول الليل فهو مفطر.

٦- دفع الزكاة إلى من يظنه من أهلها فبان خلافه. فاختلف الفقهاء هل تجزؤه أم لا؟

٧- رأوا سواداً فظنوه عدوا فصلوا صلاة شدة الخوف فبان خلافه.

٨- استناب على الحج ظاناً أنه لا يرجى برؤه فبرئ لم يجز في الصور السابقة كلها.

٩- انفق على البائن ظاناً حملها فبانت حائلا استرد.

مستثنيات هذه القاعدة:- ورد في مجلة الأحكام العدلية أن هذه القاعدة لها مستثنى واحد وهو أنه لو باع شخص حيواناً من أخر فطلبه جاره بالشفعة فظن المشتري أن الشفعة تجري في المنقول كما في غيره وهو العقار وسلم الحيوان للشفيع برضاه واختياره فليس له بعد ذلك إذا اطلع على خطأ وأحب استرداد الحيوان فليس له ذلك لأنه بتسليم المبيع يكون قد عقد بينه وبين ذلك الرجل عقد تعاط.

وجاء في الاشباه أن لها مستثنيات أخرى غير هذا منها.

١- لو صل خلف من يظنه متطهراً فبان حدثه صحت صلاته.

٢- لو رأى المتيمم ركبا فظن أن معهم ماء توجه عليه الطلب.

٣- لو خاطب امرأتة بالطلاق وهو يظنها أجنبية أو عبده بالعتق وهو يظنه لغيره نفذ الطلاق والعتق.

٤- لو وطء أجنبي أجنبية حرة يظنها زوجته الرقيقة فالأصح أنها تعتد بقرءين اعتباراً بظنه أو أمة يظنها زوجته الحرة

فالأصح أنها تعتد بثلاثة أقراء لذلك.

٥- لو ظنه مصرفاً للزكاة فدفع له ثم تبين أنه غنى أو ابنه أو أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف.

٦- لو صلى في ثوب وعنده أنه نجس ثم تبين أنه طاهر أعاد الصلاة.

٧- صلى وظنه أنه محدث ثم تبين أنه طاهر أعاد الصلاة.

٨- صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل فظهر أنه كان قد دخل لم يجزه فيها.

٢ - قاعدة لا عبرة للتوهم:

هذه القاعدة ذكرت في الكتب الفقهية منها مجمع الفتاوى ويفهم منها أنه كما لا يثبت حكم شرعي استناداً على وهم لا يجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية بوهم طارئ.

مثال ذلك:-

١- إذا توفي المفلس تباع أمواله وتقسم بين الغرماء وإن توهم أنه ربما ظهر غريم أخر جديد والواجب محافظة على حقوق ذلك الدائن المجهول ألا تقسم ولكن لأنه لا اعتبار للتوهم

تقسم الأموال على الغرماء ومتى ظهر غريم جديد يأخذ حقه منهم حسب الأصول المشروعة.

٢- إذا بيعت دار وكان لها جاران لكل حق الشفعة أحدهما غائب فادعى الشفيع الحاضر الشفعة فيها يحكم له بذلك ولا يجوز إرجاء الحكم بداعي أن الغائب ربما طلب الشفعة في الدار المذكورة.

٣- إذا كان لدار شخص نافذة على أخرى لجاره تزيد على طول الإنسان فجاء الجار طالبا سد تلك النافذة بداعي أنه من الممكن أن يأتي صاحب النافذة بسلم ويشرف على مقر النساء فلا يلتفت لطلبه كذا لا يلتفت لطلبه فيما لو وضع جاره في غرفة مجاورة له تبنا وطلب رفعه بداعي أنه من المحتمل أن تعلق به النار فتحرق داره.

٤- كذلك إذا جرح شخص أخر ثم شفي المجروح من جرحه تماماً وعاش مدة ثم توفي فادعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون والدهم مات من الجرح لا تقبل دعواهم.

القاعدة الثالثة

"المشقة تجلب التيسير"

بمعنى أن الصعوبة التي تصادف الإنسان في شيء ما تكون سببا باعثاً على تسهيل وتهوين ذلك الشيء.

وبعبارة أخرى أنه يجب التوسيع وقت الضيق وأن التسهيلات الشرعية بتجويز عقود القرض والحوالة والحجر والوصية والسلم وإقالة البيع والرهن والإبراء والشركة والصلح والوكالة والإجارة والمزارعة والمساقاة وشركة المضاربة والعارية والوديعة كلها مستندة على هذه القاعدة وقد صار تجوزيها دفعاً للمشقة وجلباً للتيسير وتسمى هذه الأشياء رخصاً.

تعريف الرخصة: الرخصة لغة التوسع والسهولة واليسر وفي اصطلاح الفقهاء هي الأحكام التي تثبت مشروعيتها على خلاف الدليل لعذر.

أمثلة وهي أن بيع السلم بيع معدوم وبما أن بيع المعدوم باطل فكان الواجب عدم تجويز هذا البيع إلا أن احتياج الناس قبل الحصول على محصولاتهم للنقود قد جوزوا هذا العقد تيسيراً وتسهيلاً لهم.

كـذلك للتيسـير والتسـهيل قـد مـنح للمشـتري خيـار الغـبن والتغرير وجوز سماع شهادة النساء فـي الأشياء التـي لا يمكن اطلاع الرجال عليها.

وجعل العقد الذي يحصل في البيع والإجارة والهبة والصلح علــى المــال والإقـرار والإبـراء وتأجيـل الـدين وإسـقاط الشـفعة الناشيء عن إجبار وإكراه غير معتبر.

وكذلك اكتفى بأن يشاهد المشتري كومة القمح أو الشعير بدلاً من أن يشاهد كل قمحة وكل شعيرة يشتريها لأنه لو رأى كل حبة لاستوجب ذلك صعوبة في البيع والشراء

وكذلك اكتفى في الثياب برؤية طرف القماش بدلاً من رؤيته كله.

وجوز النظر للمخطوبة منعاً من امتناع الناس من تزويج بناتهن غيرة عليهن من رؤية الخاطبين وجوز وشرع الطلاق للتسهيل والتوسيع على الناس لأن بقاء الزوجية حال وجود الشقاق والنفور مشقة عظمى على الأسرة.

أصل القاعدة

١- قوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ اليُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ العُسْرَ ﴾ وقوله تعالى ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ وقوله تعالى ﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفساً إِلاَّ وُسْعَهَا ﴾ وقوله تعالى﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَا آتَاهَا ﴾

٢- ومن السنة:

١- قول النبي ﷺ **بعثت بالحنيفية السمحة وروى عن بن عباس** رضي الله عنه **تعالى عنه قال قيل يا رسول الله أي الأديان أحب إلى الله قال الحنيفية السمحة**" أخرجه البزار من لفظ آخر **أي الإسلام**".

٢- روى الشيخان من حديث أبي هريرة وغيره عن النبي ﷺ أنه قال **إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين" وحديث يسروا ولا تعسروا**".

٣- روى أحمد من حديث أبي هريرة مرفوعاً "**أن الدين يسر ثلاثاً**" ومن حديث الأعرابي أن خير دينكم أيسره إن خير دينكم أيسره".

٤- روى الشيخان عن عائشة رضي الله عنها "**ما خير**

رسول الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً".

٥- عن ابن عباس مرفوعاً "إن الله شرع الدين فجعله سهلاً سمحاً واسعاً ولم يجعله ضيقاً".

قال العلماء هذه القاعدة يتخرج عليها جميع رخص الشرع وتخفيفاته.

مفردات القاعدة

١- المشقة

المشقة في أصل اللغة من قولك شق على الشيء ويشق شقاً ومشقة إذا أتعبك ومنه قوله تعالى﴿ **لَّمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلاَّ بِشِقِّ الأَنفُسِ** ﴾

والشق هو الاسم من المشقة وهي الجهد والتعب ومنه تشاقق الرجلان إذا فعل كل منهما ما يشق على صاحبه.

أقسام المشقة

والمشقة على قسمين

١- مشقة خارجة عن المعتاد

٢- مشقة معتادة

وبيانها على النحو التالي:

أولاً: المشقة الخارجة عن المعتاد أي خارجة عن طاقة الإنسان وعن مقتضى إرادته وقوته بحيث يستحيل على المكلف الإتيان بذلك الفعل المشتمل على تلك المشقة وذلك كحمل الجبل والصعود إلى الشمس والقمر

وقد اتفق الفقهاء على أن هذا النوع من المشقة التي فوق طاقة الإنسان لا يجوز التكليف بها شرعاً وإن جاز عقلاً وأن هذا النوع لم يقع في شريعة سيدنا محمد ﷺ

والدليل على ذلك ما يلي:

١- قوله تعالى﴿ **وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالأَغْلالَ الَتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ** ﴾ أي التي كانت قبل الإسلام على الأمم السابقة مثل أن توبة أحدهم كانت قتل نفسه وكان إذا أصاب الثوب نجاسة عندهم قرضه بالمقراض.

٢- قوله تعالى ﴿ **رَبَّنَا وَلاَ تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْراً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا** ﴾ وفي الحديث أن الله عز وجل قال بعد هذه الآية قد فعلت وقال﴿ **لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا** ﴾ .

وقوله ﴿ **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ اليُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ العُسْرَ** ﴾ وقوله

﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفاً﴾

وقول السيدة عائشة "**ما خير رسول الله ﷺ بين شيئين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً**".

وكل هذه الآيات والأحاديث تفيد أن الله عز وجل لم يرد أن يكلفنا بمشقة فوق طاقتنا وإلا لما أراد بنا اليسر بل يكون قد أراد العسر.

٢- ما ثبت من مشروعية الرخص وهو أمر مقطوع به ومعلوم من الدين بالضرورة

هذه الأدلة السابقة في حكم التكليف بما لا يطاق وذلك لأن المشقة الخارجة عن المعتاد هي تكليف بما لا يطاق.

ب- المشقة المعتادة

وهي المشقة التي لا تؤدي إلى وقوع خلل في الشخص القائم بالعمل في نفسه وفي ماله أو حال من أحواله وهي لا تسمى في العادة المستمرة مشقة مثل طلب المعاش بالتحرف وسائر الصنائع فإنه لا يعد في العادة مشقة وكذلك العبادات لأن كل منها ممكن معتاد ولا يقطع ما فيها من المشقة عن العمل في الغالب المعتاد.

بل أن أهل العقول وأرباب العبادات يعدون المنقطع عنه كسلان ويذمونه بذلك.

الفرق بين المشقة المعتادة والغير معتادة

يرجع الفرق بينهما من جهة العمل وهو أنه إن كان العمل يؤدي الدوام عليه إلى الانقطاع عنه أو عن بعضه أو إلى وقوع خلل في صاحبه في نفسه أو أمواله أو حال من أحواله كانت هذه هي المشقة الخارجة عن المعتاد وإن لم يكن فيها شيء من ذلك في الغالب فلا يعد مشقة وإنما تسمى كلفة وأحوال الناس جميعاً في هذه الدار تعد كلفة في مأكلهم ومشربهم وسائر تصرفاتهم.

نوع المشقة الجالبة للتيسير

ذكرنا أن المشقة على قسمين مشقة معتادة ومشقة خارجة عن المعتاد.

والمشقة من جهة أثرها في العبادة على قسمين

١- مشقة لا تنفك عنها العبادة وذلك كمشقة الوضوء والغسل في البرد ومشقة الصوم في الحر وطول النهار ومشقة السفر للحج والجهاد التي لا تنفك عنه ومشقة ألم الحد ورجم

الزناه وقتال البغاة وهذه المشقة لا أثر لها في إسقاط العبادة في كل الأوقات.

٢- مشقة تنفك عنها العبادة وهي على مراتب

الأولى: مشقة عظيمة فادحة كمشقة الخوف على النفوس والأعضاء وهذه المشقة موجبة للتخفيف وكذا إذا لم يكن للحج طريق إلا البحر وكان الغالب على ظن الحاج عدم السلامة لم يجب عليه الحج وهذا الموضع هو الذي وضعت له الرخص.

الثانية: مشقة خفيفة لا وقع لها كأدنى وجع في أصبع وأدنى صداع في الرأس وسوء مزاج خفيف فهذه المشقة لا أثر لها ولا التفات إليها لأن تحصيل مصالح العبادات أولى من دفع هذه المفسدة التي لا أثر لها.

الثالثة: وهي متوسطة بين هاتين المرتبتين وهذه المشقة حكمها ما يلي ما دنى منها من المرتبة العليا من المشقة أوجب التخفيف وما دنا منها من المرتبة الدنيا لم يوجب التخفيف وذلك كالحمى ووجع الضرس.

وبذلك يتبين أن المشقة الجالبة للتيسير هي المشقة العظيمة التي هي فوق طاقة الإنسان وفوق مقتضى قدرته وإرادته والتي

يخاف الإنسان معها من تلف عضو أو نفس أو خوف من حيوان مفترس أو خلافه.

ومعنى (تجلب) في القاعدة أي تكون سبباً باعثاً على التيسير وهو الرخص وهذه القاعدة يتعلق بها كل رخص الشرع وتخفيفاته.

معنى الرخصة

الرخصة في اللغة هي الفرصة يقال رخص له في الأمر أي أذن له فيه بعد النهي.

والرخصة هي ترخيص الله تعالى للعبد في أشياء خففها عنه

والرخصة في الأمر هي خلاف التشديد فيه

والرخصة في اصطلاح الأصوليين عرفت بعدة تعريفات

١- عبارة عما وسع للمكلف في فعله لعذر مع قيام السبب المحرم وقريب من هذا التعريف تعريف الأمدي وابن ماجة وابن الحاجب بأنها ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام المحرم لولا العذر أي ما يطرأ من الأعذار للمكلف تبيح له فعل الممنوع وعرفها الجاربردي بأنها الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر

الدليل على مشروعية الرخصة

١- قوله تعالى ﴿ **وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجاً وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لاَ يَحْتَسِبُ** ﴾

وجه الدلالة في قوله تعالى ﴿ **يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجاً** ﴾ فقد قيل في تفسيره ومن يتق الله ينجه من كل كرب في الدنيا والآخرة ويجعل له مخرجا إلى الحلال.

٢- قوله تعالى﴿ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** ﴾ وقوله ﴿ **يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ** ﴾

ومن السنة قوله ﷺ "**إن الله يحب أن تؤتي رخصه كما يحب أن تؤتي عزائمه**".

حكم الرخصة

حكم الرخصة من حيث هي رخصة الإباحة مطلقاً لقوله تعالى ﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ** ﴾ وقوله تعالى﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾ وقوله تعالى﴿ **وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلاةِ** ﴾

ومعنى مغفرته تعالى عند الاضطرار وعدم الجناح كل ذلك يقتضي الإباحة ومعنى الإباحة ليس من سبيل التخيير بين الفعل والترك وإنما من باب رفع الإثم والمؤاخذة عن الفعل.

حكم الرخصة من حيث اخذ بها

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين

الأول: وهو مذهب الجمهور من الأحناف والمالكية والحنابلة فقالوا أن الرخصة لها ثلاثة أحكام وهي الوجوب والندب والإباحة.

أولاً: الوجوب بمعنى أنه يجب الأخذ بها لأنه لو لم يأخذ بها لهلك وذلك مثل أكل الميتة للمضطر وذلك لأن الأكل شرع استبقاء لمهجته لأنه لو لم يأكل لهلك.

ثانياً: الندب بمعنى أنه يجوز الأخذ بها ويجوز عدم الأخذ إلا أن الأولى الأخذ وذلك مثل المسح على الخفين والقصر في السفر.

ثالثاً: الإباحة والرخصة المباحة هي ما استوى فيها الأخذ والترك وذلك مثل الفطر في السفر والسلم.

وزاد الشيخ العز بن عبد السلام حكماً رابعاً للرخصة وهو ما

الأولى تركه مثل الفطر والقصر في السفر والمسح على الخف لمن لم يتضرر بالسفر.

المذهب الثاني: وهو مذهب الشافعية فقد جعلوا للرخصة حكماً واحداً فقط وهو الوجوب فقالوا أن الرخصة واجبة قولاً واحداً.

أسباب التخفيف أو أسباب الرخص

أسباب التخفيف في التكاليف الشرعية سبعة وهي

١- السفر

ومعناه خروج الشخص عن محل الإقامة بقصد مسيرة ثلاثة أيام بسير وسط وهو لا ينافي أهلية الأحكام في العبادات وغيرها وقد جعل الله عز وجل السفر سببا للتخفيف وذلك لمظنة المشقة لما فيه من الإرهاق البدني والذهن وقد يحمل الإنسان في سفره أهله وأمتعته ويلقي جهداً بالغاً في المحافظة على تلك الأشياء على طول السفر.

وقد قال رسول الله ﷺ في الحديث الشريف "**السفر قطعة من العذاب**".

وقد جعله الله عز وجل سبباً لتخفيف جزءاً من العبادة في القرآن الكريم قال تعالى ﴿ **وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلاةِ** ﴾

وهذه الآية واضحة على أن الإنسان إذا كان في سفر وحان وقت الصلاة الرباعية فإنه يجوز للإنسان قصر الصلاة الرباعية فيصلي ركعتين وذلك تخفيف من الله تعالى على العباد وقال تعالى في شأن الصيام﴿ **فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ**﴾

التخفيفات المتعلقة بالسفر نوعان هما

الأول: ما يختص بالطويل منه وهو ثلاثة أيام بلياليها فأكثر وذلك مثل القصر للصلاة الرباعية والفطر في رمضان والمسح على الخفين أكثر من يوم وليلة وسقوط الأضحية.

الثاني: ما يختص بالسفر القصير وهو مطلق الخروج عن المصر وترك الجمعة والعيدين والجماعة والنفل على الدابة واستحباب القرعة بين نسائه.

حكم السفر في معصية:

إذا كان الإنسان المسافر خرج في معصية من قطع طريق أو اعتداء أو قتل فهل يثبت استحقاقه للترخيص باعتباره مسافر أم أن المعصية تسقط الرخصة في حقه

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين

الأول: وهو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة فقالوا أن سفر المعصية لا يتعلق به رخصة وذلك لأن الرخصة نعمة ولا تنال النعمة بالمعصية فيجعل السفر لأجل المعصية معدوما في حق الرخصة. وذلك كالسكر في حق الرخصة المتعلقة بزوال الفعل لأن السكر معصية.

الثاني: وهو مذهب الأحناف فقالوا لا يمنع سفر المعصية الرخصة ولكل فريق منهم أدلته

أولاً: أدلة الجمهور

١- قوله تعالى ﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ**﴾ فقد أناط الله تعالى رخصة أكل الميتة بالاضطرار بشرط كون المضطر لا باغ أي خارج عن الإمام ولا عاد أي ظالم لجماعة المسلمين بقطع طريق أو نحوه.

وقالوا أيضاً إذا ثبت عدم الأكل في حالة المعصية في هذه الآية فكذا في سائر الرخص بالقياس على رخصة الأكل للمضطر.

ثانياً: أدلة الأحناف:

فقد استدل الأحناف بعموم إطلاق النصوص القرآنية مثل قوله تعالى﴿ **فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ**﴾

وقول ابن عباس ﷺ قال عنه "**فرض الله الصلاة على لسان نبيكم ﷺ في الحضر أربعاً وفي السفر ركعتين.**

وجه الدلالة: هو أن هذه النصوص قد دلت على وجود الرخصة في حق المسافر ولم تفرق بين كون هذا السفر للمعصية أو الطاعة.

رد الأحناف على أدلة الجمهور

١- قالوا في الرد على الآيات القرآنية وهي قوله تعالى﴿**فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ** ﴾ أي غير باغ ولا عاد في الكل لأن الإثم وعدمه يتعلق بالأكل لا بمخالفة الحاكم أو جماعة المسلمين والمعنى غير باغ ولا عاد في الأكل أي غير متجاوز قدر الحاجة في الأكل وطالب للمحرم وهو يجد غيره مما أحل

الله تعالى أو طالباً أكثر مما يسد رمقه.

٢- الرد على قولهم أن الرخصة نعمة والنعمة لا تنال بالمعصية قالوا لا نسلم بذلك لما يلي:

بأن المعصية ليست هي السفر بل هي أمر منفصل عنه فالسفر شيء والمعصية شيء آخر وكلاهما منفصل عن الآخر ويوجد بدونه.

٣- قالوا أن سبب الرخصة لابد وأن يكون مباحاً والسفر مباح وإن حاوره معصية.

الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن سفر المعصية لا يلحقه رخص الله تعالى وذلك لأن ما عند الله لا ينال بمعصيته.

٢- من أسباب التخفيف المرض

المرض هو ما يعرض للبدن يخرجه عن حد الاعتدال الخاص به وقد يقال أن المرض هو حالة غير طبيعية في بدن الإنسان تكون بسببها الأفعال الطبيعية والنفسانية والحيوانية غير سليمة والمرض لا ينافي أهليه الوجوب ولا أهليه الأداء وذلك لأنه في حالة المرض فإنه لا خلل عند المريض في الذمة ولا في

العقل اللذان هما مناط الأحكام ولا في النطق الذي يصح به ما يتعلق بالعبادة ولكنه لما فيه من العجز شرعت فيه العبادات على قدر المكنة حتى لا يشق عليه أداء العبادات لله تعالى وحتى لا يتضرر المريض من عدم القدرة على الأداء ويلحقه الحرج لعدم استطاعته فعل ما وجب عليه.

فرفع الله تعالى الحرج عن المريض فخفف عنه بعض العبادات رحمة به قال تعالى﴿ **فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أخر**﴾

فقد أجاز الله تعالى بمقتضى هذه الآية للمريض الفطر في رمضان وقضاء ما افطره إذا ذهب عنه المرض وقدر على الصوم وقال تعالى﴿ **لَيْسَ عَلَى الأَعْمَى حَرَجٌ وَلاَ عَلَى الأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلاَ عَلَى المَرِيضِ حَرَجٌ** ﴾ فقد نفى الله تعالى الحرج عن الأعمى والأعرج والمريض في ترك الجهاد وذلك لعدم قدرتهم عليه

رخص المرض:

١- أن الله تعالى قد شرع للمريض الصلاة قاعداً إذا عجز عن القيام أو مضطجعاً إذا عجز عن القعود.

٢- ومنها مشروعية التيمم للمريض عند الخوف على نفسه أو عضو منه أو زيادة المرض أو بطؤه وكذلك رخص للمريض في التخلف عن الجماعة مع حصول الفضيلة.

٣- الفطر في رمضان للشيخ الفاني مع وجوب الفدية عليه.

٤- الانتقال من الصوم إلى الإطعام في كفارة الظهار.

٥- الفطر في رمضان للمريض مع قضاء هذه الأيام إذا زال مرضه.

٦- الخروج من المعتكف إلى غير ذلك من الرخص التي من الله بها علينا رحمة بنا.

٣- من أسباب التخفيف: الإكراه

وهو لغة من الكره بالفتح وهو المشقة وبالضم الكره القهر والكره معنى قائم بالمكره ينافي المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر قال الله سبحانه وتعالى﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ وَعَسَى أَن تَكْرَهُوا شَيْئاً وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَى أَن تُحِبُّوا شَيْئاً وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ** ﴾

لهذا قال أهل السنة والجماعة إن الله تبارك وتعالى يكره الكفر والمعاصي أي لا يحبها ولا يرضي بها.

الإكراه شرعاً: هو الدعاء إلى الفعل بالإيعاذ والتهديد مع وجود شرائطه المعروفة

أو هو حمل الإنسان على فعل ما لا يرضاه.

أنواع الإكراه

الإكراه نوعان هما:

١- إكراه ملجئ ٢- إكراه غير ملجئ

وبيانهما على النحو التالي

أولاً: الإكراه الملجئ وهو ما يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف منه تلف عضو أو نفسي سواء أقل هذا الضرب أم كثر ما دام أنه يحقق الإلجاء والاضطرار ومن العلماء من قدر هذا الضرب بعدد ضربات الحد وهو قول غير سديد وذلك لأن المعول في هذا النوع من الإكراه هو تحقق الضرر فإذا تحقق فلا معنى لصورة العدد وهذا النوع يسمى إكراهاً تاماً.

ثانياً: الإكراه غير الملجئ

وهو الإكراه الذي لا يوجب الإلجاء والاضطرار وهو

بالحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه تلف

وهذا النوع من الإكراه ليس فيه تقدير لازم سوى أن المكره يلحقه الاغتمام البين من الحبس أو الضرب أو القيد أيهما وقع عليه.

وهذا النوع من الإكراه يسمى إكراهاً ناقصاً وهذا يختلف باختلاف درجات الناس وأحوالهم فمن الناس من يغتم لمجرد النظرة ومنهم من يغتم لمجرد الإشارة ومنهم من لا يغتم بالضرب

وقد قال الأذرعي: أن القليل لذوي المروءة إكراه.

شروط تحقق الإكراه:

شروط تحقق الإكراه منها ما يرجع إلى المكره ومنها ما يرجع إلى المكره

أولاً: ما يرجع على المكره فهي

١- أن يكون المكره قادراً على تحقيق ما أوعد به وذلك لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدرة على إيقاعه وقد اختلف فقهاء الأحناف فيمن يتحقق منه الإكراه فذهب الإمام أبي حنيفة إلى أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان فقط

وقال الإمام أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أن الإكراه

يتحقق من السلطان وغيره وذلك لأن الإكراه ليس إلا أيعاد بإلحاق الضرر وذلك يتحقق من كل مسلط ولكن أبا حنيفة يقول أن غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد به لأن المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه السلطان أما السلطان إذا أكره أحداً فلن يغيثه إلا الله عز وجل.

وفي الحقيقة أنه لا خلاف بين الإمام وأصحابه فيمن يتحقق منه الإكراه لأنه لما كان السلطان لا يقدر عليه أحد أفتى بأن الإكراه لا يكون إلا من السلطان أما بعد زمن الإمام أبي حنيفة فأصبح لغير السلطان القدرة على الإكراه.

ولذلك افتوا بوقوع الإكراه من غير السلطان

والحقيقة أن الأمر يختلف باختلاف السلطان قوه وضعفه.

ثانياً: الشروط التي ترجع إلى المكره

١- عجز المكره عن دفع ما هدد به من الضرر وذلك لأن الشخص المكره إذا كان قادراً على دفع ما أكره به ولم يدفعه لم يتحقق الإكراه وأخذ بما يفعله من الإثم.

٢- أن يقع في غالب رأيه وأكثر ظنه أنه لو لم يفعل ما أكره عليه تحقق ما أوعد به من الضرر وذلك لأن غالب الرأي

حجة عند تعذر اليقين.

٣- ألا يعدل المكره إلى غير ما وقع عليه الإكراه أو يزيد عليه أو ينقص.

وبيان ذلك على النحو التالي

فإن كان ما أكره عليه في الاعتقادات كما ذا أكره على إجراء كلمة الكفر فإن الله عز وجل قد رخص في ذلك بشرط اطمئنان القلب بالإيمان لقوله تعالى﴿ **إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ** ﴾ فإن أكره على الكفر فزاد عليه شيئاً بأن صلى للصليب مثلاً فإنه يؤاخذ بذلك لأنه إنما أكره على إجراء كلمة الكفر فقط.

٢- أما إذا كان قد عدل بالفعل في المعاملات كما إذا أكره على بيع داره فطلق زوجته فإن طلاقه واقع وذلك لأن ما فعله إنما فعله طائعاً مختاراً فيؤاخذ به.

أما إذا زاد على ما أكره عليه أو نقص كأن يقال له لفلان عليك مائة يقول له عندي ألف أو له عندك ألف فيقول بل خمسمائة فإقراره بالزيادة صحيح وبالنقص باطل.

أثر الإكراه في التصرفات

أولاً: الإكراه غير الملجئ لا أثر له ولا يمنع التكليف وذلك لأن الفعل ممكن والفاعل متمكن ولذلك فلا يتحقق الإكراه.

وذهب الأحناف إلى أن الإكراه غير الملجئ لا يبيح المحرمات ولكن يورث شبهه مانعة من الحد ولذلك فلا حد بالشرب مع الإكراه غير الملجئ.

أما الإكراه الملجئ فإنه لا يكون للشخص معه قدرة ولا اختيار لزوال القدرة وذلك لأن القادر على الشيء هو الذي إن شاء فعل وإن شاء ترك والمكره لا يستطيع ذلك.

٤- من أسباب التخفيف النسيان

والنسيان في اللغة هو ضد الذكر والحفظ يقال رجل نساي أي كثير النسيان وقيل هو الترك ومنه قوله تعالى ﴿**نَسُوا اللَّهَ فَنَسِيَهُمْ**﴾ أي تركهم.

النسيان اصطلاحاً

هو جهل الإنسان بما كان يعلمه ضرورة مع علمه بأمور كثيرة لا بأقة.

والنسيان هو عدم تذكر الشيء وقت الحاجة إليه وهو لا ينافي أهليه الأحكام

وذلك لأنـه بالنسيان لا خلل عند النـاس فـي العقل ولا فـي الذمة الذين هما مناط الأحكام

وكذلك لا خلل بالنطق الذي يصح به ما يتعلق بالعبارة ولما كان النسيان هو طبيعة البشر وهو من فعل الله تعالى فقد رفع الله سبحانه وتعالى الإثم والمؤاخذة عن النـاس فيما يتعلق بحقه تعالى ولذا قال النبي ﷺ "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

ولكنه لا يعد عذراً مانعاً من المساءلة في حقوق العباد فلا يقول إنسان أنه قتل فلاناً نسياناً ولا سرق فلاناً نسياناً فإنه لا يعذر بذلك.

ويعتبر النسيان عذراً للفاعل في الدنيا إذا كانت الطبيعة داعية إلى فعل الذي فعله ناسياً وكانت الحال غير مذكرة بتركه وذلك كأكل الصائم ناسياً فإن الأكل مما تدعوا الحاجة إليه وحال الصائم لا بذكر بوجوب ترك الأكل.

ومثله ترك التسمية عند الذبح نسياناً فإنه يعذر لأن الذبح حالة طارئة فقد يسهوا الإنسان عن التسمية ولذا فلم يؤاخذ الذابح بترك التسمية نسياناً ولذا قال ﷺ "تسمية المسلم في قلبه سمى أو لم يسمي" أما الأكل والشرب في الصلاة فإنه يفسد الصلاة ولا

عذر فيه وذلك لأن حالة الصلاة مذكرة بترك الأكل وإن كانت طبيعة النفس البشرية تدعوا إليه.

٥- من أسباب التخفيف العسر وعموم البلوى

وذلك كالصلاة مع النجاسة المعفو عنها كما في دون ربع الثوب من المخففة وقدر الدرهم من المغلظة.

وكذلك العفو عن دم البراغيث والبق في ثوب المصلي وإن كثر.

فإن هذه الأمور لو أن الشارع اعتبرها مغلظة تمنع من صحة الصلاة فإن ذلك مما يعسر على المكلف إتباعه وربما عمت البلوى بذلك لعدم إمكانية العامة التحرز عنه.

وأمثلة ذلك كثيرة منها

١- إباحة أربع نسوة فلم يقتصر على واحدة تيسيراً على الرجل وعلى النساء لكثرة عددهن ولم يزد على أربعة لما فيه من المشقة على الرجل في القسم والنفقة وغيره.

٢- ومنه مشروعية الطلاق لما في البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر.

٣- كذلك مشروعية الخلع والافتداء والرجعة في العدة قبل

الثلاث ومنه وقوع الطلاق على المولى بمجرد مضي أربعة أشهر دفعاً للضرر عن الزوجة.

٤- ومنها مشروعية الكفارة في الظهار واليمين تيسيراً على المكلفين.

٥- التخيير في كفارة اليمين لتكررها بخلاف باقي الكفارات لندرتها فإنها تدل على التخفيف والرحمة من الله سبحانه وتعالى لعباده فلو أن الله تعالى لم يشرع التخفيف والتيسير على عباده في هذه الأمور لشق عليهم الامتثال فوقعوا في الحرج الذي نفاه الله عز وجل عن الشريعة بقوله ﴿**مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ**﴾.

٦- من أسباب التخفيف (النقص)

النقص من العوارض السماوية في بني البشر ومعنى السماوية أي التي تلحق الإنسان بدون إرادته واختياره وهذا النقص يكمن في عدة أمور إذا لحقت بالمكلف سواء أكان رجل أو أنثى فإنه يلحقه التخفيف رحمة من الله عز وجل بالمكلفين.

وهذه الأمور تشمل

الصغر- الجنون- العته- النوم- الإغماء- النسيان إلى

غير ذلك من أشكال النقص التي تلحق البشر ولما كان هذا النقص فيه نوع من المشقة على البشر في تحمل التكاليف الشرعية فقد ناسب التخفيف من الله سبحانه وتعالى الخبير بحال عباده ومدى قدرتهم على أداء العبادة ﴿ **أَلاَ يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الخَبِيرُ** ﴾.

ومن ذلك التخفيف:

عدم تكليف الصبي والمجنون ففوض أمر أموالهما إلى الولي وجعل تربية الصغير وحضانته إلى النساء رحمة بالصغير فقال النبي ﷺ في امرأة جاء ينازعها زوجها في حضانة طفلها فقال النبي ﷺ "أنت أحق به ما لم تنكحي".

ولم يجبر النساء على ذلك تيسيراً عليهن.

ومن ذلك عدم تكليف النساء بكثير مما وجب على الرجال كالجماعة والجمعة والجهاد والجزية.

وإباحة لبس الحرير والحلي بالنسبة للنساء دون الرجال وذلك لحاجة المرأة إلى الزينة.

وكذلك لم يكلف العبيد بكثير مما وجب على الأحرار وجعل العبد على النصف من الحر في العقوبات.

وكل ما مضى من أسباب التخفيف كالمرض والسفر والنسيان والإكراه والعسر وعموم البلوى فإنه على سبيل المثال فقط وليس الحصر لأنه بالحصر نجد أن كل التكاليف الشرعية جاء على الحد الوسط بين العباد

فلم يأمر العباد بأكثر من خمس صلوات في اليوم والليلة ولا أكثر من صوم شهر في العام والحج مرة في العمر وذلك لقوله تعالى﴿ **لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا** ﴾ وقوله﴿ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** ﴾.

وقال ﷺ "**أحب العمل إلى الله أدومه**".

تعمد الشخص سببا لتعاطي الرخصة.

إذا تعاطى الشخص سبب الترخص بمعنى أنه تعمد فعل ما هو سبب للرخصة والتيسير من غير أن يكون هناك سبب أصلي يوجب التخفيف فهذا لا يلحقه التخفيف والتيسير وذلك مثل. ما لو قرأ أية سجدة لأجل السجود عمداً فهذا تبطل صلاته أفتى بذلك العز بن عبد السلام وأجاز ذلك البلقيني.

ومنه ما لو سلك الطريق الأبعد مع وجود الطريق الأقرب لأجل قصر الصلاة ومنه ما لو أجل سفره لشهر رمضان.

أنواع التخفيف:

تخفيفات الشرع أنواع وهي:

١- تخفيف إسقاط وذلك كإسقاط العبادات عند وجود أعذارها مثل إسقاط للصلاة والصوم والحج عن الصبي والمجنون وذلك لعدم استطاعة كل منهما أداء العبادات.

٢- تخفيف تنقيص وذلك كالقصر في السفر على القول بأن التمام أصل وهو قول الأئمة الثلاثة أما على قول الإمام أبي حنيفة فقال أن القصر هو الأصل وذلك لحديث النبي ﷺ "شرعت الصلاة ركعتين" ولذلك يقول أن المسافر الذي قصر الصلاة فإنه أتى بالعزيمة وليس بالرخصة.

٣- تخفيف إبدال وذلك كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم بالشروط المعروفة وذلك كعدم الماء وعدم القدرة على استعماله أو الخوف على النفس من زيادة المرض أو تباطؤه.

وإبدال القيام بالقعود والقعود بالاضطجاع وإبدال الصيام بالإطعام في الكفارات وفي حالة الشيخ الفاني.

٤- تخفيف تقديم وذلك كالجمع بعرفات وتقديم الزكاة على الحول وزكاة الفطر في رمضان وقبله على الصحيح.

٥- تخفيف تأخير وذلك كالجمع بالزدلفة وتأخير رمضان للمريض والمسافر لحين القدرة على الصوم بالنسبة لهما وتأخير الصلاة عن وقتها في حق مشتغل بإنقاذ غريق وإطفاء حريق أو نحوه.

٦- تخفيف ترخيص كصلاة المستجمر مع بقية النجو والتداوي بالخمر ونحوه.

٧- تخفيف تغيير وذلك تغيير نظم الصلاة للخوف على ما هو معروف في صلاة الخوف.

يتعلق بهذه القاعدة عدة فوائد

١- أن المشقة على أقسام وقد تم بيانها.

٢- تخفيفات الشرع أنواع وقد تم بيانها.

٣- أن المشقة والحرج إنما يعتبران في موضع لا نص فيه أما مع النص بخلافه فلا ولذا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله بحرمة رعى حشيش الحرم وقطعه إلا الأزخر وجوز أبو يوسف رعيه للحرج وذكره الزيلعي في جنايات الإحرام.

وقال في الأنجاس بتغليظ نجاسة الأوراث لقوله ﷺ أنها ركس أي نجس ولا اعتبار للبلوى في موضع النص.

٤- ذكر بعض العلماء أن الأمر إذا أضاق اتسع وإذا اتسع ضاق وجمع بينهما بعضهم بقوله ما تجاوز عن حد انعكس إلى ضده.

وعبارة [إذا ضاق الأمر اتسع] هي مقولة للإمام الشافعي رضي الله عنه والاتساع مأخوذ من الوسع وهو ضد الضيق والمفهوم من هذه القاعدة أنه إذا شوهد ضيق ومشقة في فعل أو أمر يجب إيجاد رخصة وتوسعة لذلك الضيق ولإزالة المشقة يجوز الأشياء غير الجائزة والمغايرة للقواعد وقد أجاب بها في ثلاثة مواضع

١- فيما إذا فقدت المرأة وليها في السفر فولت أمرها رجلاً يجوز قال يونس بن عبد الأعلى فقلت له كيف هذا فقال إذا ضاق الأمر اتسع.

٢- في أواني الخزف المعمولة بالسرجين أيجوز الوضوء منها فقال إذ ضاق الأمر اتسع.

٣- حكى بعض شراح المختصر أن الشافعي سئل عن الذباب يجلس على غائط ثم يقع على الثوب فقال إن كان في طيرانه ما يجف فيه رجلاه وإلا فالشيء إذا ضاق اتسع.

القاعدة الرابعة

الضرر يزال

وهي من القواعد الكبرى ومن أهمها وأنه لو ارجع الفقه كله إلى قاعدة لرد إلى قاعدة الضرر يزال فإنشاء التعليم والقضاء والطب وتطوير المؤسسات المختلفة ومشروعية الخيارات وإنشاء الجيش والشرطة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كل هذا من أجل رفع الضرر عن العباد

مفردات القاعدة

(الضرر) في اللغة هو مقابل النفع من ضره يضره ضراً والاسم الضر وهو ما يعتلي النفس من فاقة أو مرض ومنه قوله تعالى﴿ **أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ** ﴾

والضرر ما يقابل النفع والمتقابلات لا يعرف مفهومها كالسواد يقابله البياض

والضرر ما تأنفه النفس وتأباه والنفع ما تميل إليه النفس والإلمام بواحد منهما يكون بإدراك المقابل

(يزال) أي يرفع والعبارة وإن كانت خبرية لفظاً إلا إنها إنشائية معنى ومعناها وجوب رفع الإضرار عن الناس

وأن الضر مطلقاً قل أو كثر مزال في الشريعة الإسلامية أي فالضرر يزال شرعا بمعنى أنه له دار الأمر بين أن تفعل أو لا تفعل فالشرع يقول إن كان فيه نفع فافعل وإن كان فيه ضرر فلا تفعل

والشريعة الإسلامية رفعت المضار عنا ونحن مكلفون ديناً برفع الضرر عن أنفسنا وعن غيرنا.

أصل هذه القاعدة:

هو حديث النبي ﷺ "**لا ضرر ولا ضرار**" والحديث أخرجه مالك في الموطأ وأخرجه الحاكم في المستدرك والبيهقي والدار قطني وأخرجه ابن ماجة من حديث عبادة بن الصامت في النهي عن أن يضع الإنسان في طريق جاره ما يضره فقال ﷺ "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام".

الفرق بين الضرر والضرار:

الضرر في النفس أي لا تضر نفسك لأن النفس غير مملوكة للإنسان والمالك لها لم يأذن للشخص بالضرر لنفسه ولذلك فالاعتداء عليها اعتداء على خالقها ولذلك كانت أول الولايات هي ولاية الإنسان على نفسه ولما أوجب الشرع النفقة

على من تلزم الإنسان نفقته قال ابدأ بنفسك ثم بمن تعول وقد يكون الضرر فعل الواحد سواء من غيره أو منه في نفسه أو في غيره

أما الضرار فهو فعل الاثنين لأن المصدر فعال أو مفاعلة والمفاعلة تقتضي أن تكون بين اثنين أو أكثر ولذا فلا يضر الإنسان أخاه ولا يضره أيضاً لأن المفاعلة تقتضي المبادلة والمعنى أنه لا تضر نفسك ولا تضر غيرك ابتداء وإذا ضرك غيرك فلا تقابل ضرره بضرر ولذلك فالحديث أثبت الدعوة وزيادة

وذكرت مجلة الأحكام العدلية أنه يجب ألا يفهم من كلمة لا ضرر أنه لا يوجد ضرر بل الضرر في كل وقت موجود والناس لا يزالون يفعلونه والمراد هنا أنه لا يجوز الضرر ابتداء كما لا يجوز الضرار أي إيقاع الضرر مقابلة الضرر

وهذه القاعدة وإن كانت عامة إلا إنها من نوع العام المخصوص لا تصدق إلا على قسم المخصوص مما تشمله لأن التعاذير الشرعية ضرر ولكن إجراؤها جائز وكذلك الدخان الذي يخرج من مطبخ دار شخص إلى دار جاره يعد ضرر لأنه قد يضر بالجيران مباشرة أو يؤدي إلى اشتهاء الأطعمة للفقراء منهم

وكذلك لو وجد في دار شخص شجرة كانت سببا لأن يستفيد منها الجار بالاستظلال بها فقطعها موجب للضرر بالجار فهذه الأضرار يجوز إجراؤها ولا تدخل تحت هذه القاعدة لأن القاعدة كما ذكرنا من العام المخصوص.

الأحكام التي تشملها هذه القاعدة:

هذه القاعدة تشمل على حكمين هما

الأول: أنه لا يجوز الإضرار ابتداء أي لا يجوز للإنسان أن يضر شخصا آخر في نفسه أو في ماله لأن الضرر ظلم والظلم ممنوع في كل دين وجميع الكتب السماوية قد منعت الظلم

مثال

لو كان لشخص حق المرور من طريق شخص آخر فلا يجوز منع ذلك الشخص من المرور في تلك الطريق

كما أنه لا يجوز لشخص أن يبيع مالاً معيباً لشخص آخر بدون أن يذكر العيب الموجود في المال وأن إخفاء عيب المبيع عن المشتري إضرار به وهو حرام وممنوع شرعاً.

وكذا لا يجوز لأهل قرية أن يمنعوا شخص أن يسكن في قريتهم بداعي أنهم لا يريدون أن يساكنوه لأن عملهم هذا ضرر

وإجراء الضرر ممنوع.

وكذا جواز إجراء الأفعال المباحة مشروط بعدم ترتب ضرر لأحد بإجرائها مثلاً

فمثلاً الصيد مباح وجائز إلا أن كيفية الصيد إذا كانت منفره للحيوانات أو مسببة لخوف واضطراب الأهلين يمنع الصياد من الصيد كذلك تصرف الإنسان في ملكه مقيد بعدم حصول ضرر بليغ لجيرانه.

مثل أن يبني الإنسان بيتاً ويفتح نوافذ ولكن إذا كانت النوافذ تكشف نساء الجيران يمنع صاحب الملك من فتح تلك النوافذ.

الحكم الثاني: أنه لا يجوز مقابلة الضرر بمثله وهو الضرار كما لو أضر شخص في ذاته أو ماله لا يجوز للشخص المتضرر أن يقابل ذلك الشخص بضرر بل يجب عليه أن يراجع الحاكم ويطالب بإزالة ضرره بالصورة المشروعة ولذلك فإذا أتلف شخص كدم الآخر فلا يتلف الآخر كدمه وإنما يلجأ إلى المحكمة فإذا أتلف كدم الآخر فإنه يقضي على هذا وذلك.

الفروع المبنية على تلك القاعدة

يبني على هذه القاعدة فروع منها تدخل في كثير من أبواب الفقه منها: الرد بالعيب وخيار التعيين وخيار الرؤية والشرط والمجلس والتقرير والحجر بسائر أنواعه والشفعة فإنها للشريك لدفع ضرر القسمة وللجار لدفع ضرر الجار السوء (بجيرانها تغلو الديار وترخص) والقصاص والحدود والكفارات وضمان المتلفات والجبر على القسمة بشرطه ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصائل وقتال المشركين والبغاة وذكر الأحناف أن الشخص لو باع أغصان والمشتري إذا ارتقى لقطعها يطلع على عورات الجيران يؤمر أن يخبرهم وقت الارتقاء وكذا فسخ النكاح بالعيوب المثبتة للخيار والإعسار

وهذه القاعدة مع القاعدة التي قبلها متحدة أو متداخلة وكل ما مر وغيره كثير مشروع لدفع الضرر عن العباد وذلك لأن الضرر هو ظلم وعذر والواجب عدم إيقاعه وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع.

القواعد المتعلقة بقاعدة الضرر يزال

١- الضرورات تبيح المحظورات

والضرورة لغة

هي اسم من الاضطرار يقال اضطر إلى كذا واضطره إليه إذا ألجأه إليه

والاضطرار هو صيغة افتعال من الضرر وأصل الضرر معناه الضيق

واصطلاحاً: الاضطرار هو دفع الإنسان إلى ما يضره وحمله عليه وإلجاؤه إليه.

وعرفت أيضاً بأن الضرورة هي مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له

وجاء في تعريفها في التفسير الكبير للفخر الرازي بأن الضرورة هي خوف الضرر على نفس الشخص أو بعض أعضائه بعدم تناوله المحرم

أساس نظرية الضرورة في الكتاب والسنة:

أولاً: الكتاب

١- قوله تعالى: ﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ** ﴾.

٢- قوله تعالى: ﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾

٣- قوله تعالى: ﴿ **وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْه**﴾

ومن السنة :

حديث النبي ﷺ "**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**".

وجه الدلالة:

هو أن هذه الآيات تفيد أن من اضطر لاقتراف شيء محرم وكان مكرها على هذا كأن لم يجد شيء غير الميتة أو وجد غيرها ولكنه أكره على أكل المحرم.

وبعد أن ذكرنا معنى الضرورات نبين معنى تبيح فالمباح شرعاً هو الشيء الذي يجوز تركه وفعله في نظر الشرع

والمقصود من المباح هنا ما ليس به مؤاخذة وأن إباحة الضرورات للمحظورات تسمى في علم أصول الفقه رخصة.

والرخصة: هي الشيء الذي يشرع ثابتاً بناء على الأعذار وهي الشيء المباح مع بقاء المحرم بمعنى

أنه كما لا يؤاخذ فاعل الشيء المباح لا يؤاخذ فاعل الشيء المرخص.

المحظورات أي المحرمات

فروع هذه القاعدة:

جواز أكل الميتة عند المخمصة وإساغة اللقمة بالخمر والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه وكذا إتلاف المال وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله ولو عم الحرام قطراً بحيث لا يجد فيه حلال إلا نادراً فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليه.

وقال الإمام:

ولا يرتقى إلى التبسط وكل الملاذ بل يقتصر على قدر الحاجة.

بمعنى أنه إذا أبيح أكل المحرم أو الأكل من مال الغير فإن هذه الإباحة لا ترتقى لجواز الشبع والتبسط في الأكل وأكل الفضل من مال الغير بل على الإنسان أن يقتصر على قدر الحاجة

وقال العز بن عبد السلام وفرض المسألة أن يتوقع معرفة صاحب المال في المستقبل فإن علمه أعطاه الثمن وإلا صرف الثمن في مصالح المسلمين لأن من جملة أموال بيت المال ما لا يعرف مالكه ويجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال والظفر بهم وكذا الحيوان الذي يقاتلون عليه بنبش قبر الميت بعد دفنه للضرورة بأن دفن بلا غسل أو لغير القبلة أو في أرض أو ثوب مغصوب كذلك غصب الخيط لخياطه جرح حيوان محزم.

ومنها لو أن شخصاً أكره الآخر على إتلاف مال الغير فبوقوع الإكراه أي الضرورة لا تزول الحرمة الناشئة عن إتلاف مال الغير إلا أن المكره لا يؤاخذ بالإتلاف الذي حصل منه لأن العمل بالرخصة ثابت بالإجماع وزاد الشافعية على هذه القاعدة.. الضرورات تبيح المحظورات" قالوا بشرط عدم نقصانها عنها بمعنى أن الضرورات لا تبيح كل المحظورات بل يجب أن تكون المحظورات دون الضرورات أما إذا كانت المحظورات أكثر من الضرورات فلا يجوز إجراؤها ولا تكون مباحة.

مثال جواز أكل الميتة للمضطر فإنه لا يجوز ذلك إذا كان الميت نبياً فإنه لا يحل أكله للمضطر لأن حرمته أعظم في نظر الشرع من مهجة المضطر.

مثال لو أن شخصاً أكره على قتل غيره بقتل لا يرخص فيه فإن قتله أثم لأن مفسدة قتل نفسه أخف من مفسدة قتل غيره وقالوا

مثال أنه لو دفن بلا تكفين لا ينبش منه لأن مفسدة هتك حرمته اشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مكانه.

وكذا لو دفن بلا غسل وأهيل عليه التراب صلى على قبره ولا يخرج.

٢- ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها

بمعنى أن الشيء الذي جاز بناء على الضرورة يجوز إجراؤه بالقدر الكافي لإزالة تلك الضرورة فقط ولا يجوز استباحة أكبر مما تزول به الضرورة فمثلاً لو أن شخصا كان في حالة الهلاك من الجوع يحق له اغتصاب ما يدفع به الجوع من المال الغير لا أن يغتصب كل شيء يجده مع الغير.

وكذلك لو أحدث شخص نافذة تشرف على مقر نساء

الجيران فيؤمر بإزالة الضرر عن الجار بصورة تمنع الضرر فقط ولا يجبر صاحب النافذة على سدها بالكلية.

٣- **كذلك المضطر لا يأكل من الميتة** إلا قدر ما يسد الرمق.

٤- **من استشير في خاطب** اكتفى بالتعريض بقوله لا يصلح لك ولم يعدل إلى التصريح

٥- **يجوز أخذ نبات الحرم** لعلف البهائم ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف.

٦- والطعام في دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة لأنه أبيح للضرورة فإذا وصل عمران الإسلام امتنع ومن معه بقية ردها.

٧- ويعفي عن ميت لا نفس له سائلة فإن طرح في الماء ضر.

٨- لو فصد أجنبي امرأة وجب أن تستر جميع ساعدها ولا يكشف إلا ما لابد منه للفصد والفصد تشريط الجسد

٩- الجبيرة يجب ألا تستر من الصحيح إلا ما لابد منه للاستمساك.

١٠- المجنون لا يجوز تزويجه أكثر من واحدة لاندفاع الحاجة بها.

١١- وإذا قلنا يجوز تعدد الجمعة لعسر الاجتماع في مكان واحد لم يجز إلا بقدر ما يندفع فلو اندفع بجمعتين لم يجز بالثالثة صرح به الإمام وجزم به السبكي والإسنوي.

١٢- من جاز له اقتناء كلب للصيد لم يجز له أن يقتني زيادة على القدر الذي يصطاد به صرح به بعضهم وخرجه في الخادم على هذه القاعدة.

لأنه من المعلوم دينا بنص القرآن الكريم أن مصيد الكلب ونحوه من الحيوانات المعلمة مأكول قال تعالى﴿ **وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ** ﴾ على تقدير ومصيد ما علمتم من الجوارح

ويشترط لحل قتل المصيد من الحيوان

١- أن يكون الحيوان معلماً بأن يسترسل إذا أرسل وأن ينزجر إذا زجر.

٢- أن يمسك المصيد ولا يأكل منه وأن الاقتصار على ما يمكن الاصطياد به لأن إباحة الصيد بالكلب على خلاف الأصل وإنما أبيح للضرورة وهو عدم القدرة على المصيد وعليه

فإذا حصل المقصود بكلب لا يجوز أن يزيد عليه ويقتني أكثر من كلب.

الصور الخارجة عن قاعدة "الضرورة تقدر بقدرها

هناك من الصور خرجت عن القاعدة وكان الواجب أن تأخذ حكم القاعدة ولكن خرجت وأخذت حكم آخر لداعي خاص بها ودليل اقتضى الخروج ومن ذلك

١- العرايا فإنها أبيحت للفقراء ثم جازت للأغنياء في الأصح العارية هي أن يبيع صاحب النخل الرطب بالتمر بواسطة المثمن صاحب الخبرة وقد أجيزت من قبيل الترخيص مع ما في البيع من الربا لأنه لا علم لنا بالتماثل والجهل بالتماثل في باب الربا ممنوع شرعاً.

وقد رخص في ذلك النبي ﷺ عندما جاء جماعة من الفقراء وقالوا "نملك الرطب ونشتهي تمراً وليس معنا ما نشتري به فرخص لهم النبي ﷺ وأجاز أن يشتري التمر بالرطب ثم جازت العاربة لأغنياء في الأصح وعليه فإنه لما أبيحت العاربة للفقراء للضرورة فكان الواجب أن تقدر الضرورة بقدرها ولا تباح للأغنياء ولكن إباحتها للأغنياء خرجت الضرورة عن قدرها بناء على الأصح من المذهب.

٢- من الصور الخارجة عن القاعدة

الخلع فإنه أبيح مع المرأة على سبيل الرخصة ثم جاز للأجنبي.

فالخلع افتداء المرأة نفسها من زوج تبغضه على مال تقدمه له لما ورد أن النبي ﷺ أجاز الخلع وأمر الزوجة أن ترد الحديقة لزوجها الذي كان قد أعطاها لها مهراً ويطلقها فقال: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقه" والخلع أجيز للضرورة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بهِ﴾ فالآية تنص على جوازه عند الضرورة مع المرأة ثم أبيح وأجيز عند الضرورة أيضاً مع الأجنبي.

وصورته أن رجلاً وجد زوجا يعذب زوجته بسوء خلقه فقال هذا الرجل الأجنبي للزوج خلصها على مبلغ كذا من المال فيصح ذلك

وبما أن الخلع أجيز للضرورة كان الواجب أن يجوز مع المرأة فقط لأن الضرورة تتحقق بين الزوجين وجوازه مع الأجنبي خروج بالضرورة عن قدرها.

وذلك لأنه قد تقع زوجة صالحة فقيرة تحت رجل ظالم سيء الخلق فيتدخل رجل صالح مقتدر فيخلعها من براثن زوجها من

باب قوله ﷺ "**من رأى منكم منكراً فليغيره**".

٣- ومنها اللعان جوز حيث تعسر إقامة البينة على زنا المرأة ثم جاز حيث يمكن في الأصح

من الفروع التي خالفت القاعدة اللعان وهو في اللغة من اللعن بمعنى الطرد.

وهو أيمان مغلظة جعلت حجة لمن لطخ فراشه في دفع الحد عنه ومشروع للضرورة عند فقد الشهود لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ.....**﴾ ثم أجاز العلماء للعامة مع وجود الشهود وكان الواجب ألا يجوز ذلك اقتصاراً على مفهوم الآية ولكنه لما أجيز خرج عن مقتضى الضرورة وبالتالي استثنى من القاعدة

تنبيه – أو فائدة:

وهو أن مراتب حاجات النفس ورغبات النفس خمسة: ضرورة- حاجة- منفعة- زينة- فضول

وبيانها على النحو التالي:

١- الضرورة بلوغه حداً إن لم تناول الممنوع هلك أو قارب على الهلاك وهذا يبيح تناول الحرام.

٢- الحاجة كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة وهذا لا يبيح الحرام ويبيح الفطر والصوم.

٣- المنفعة كالذي يشتهي خبز البر ولحم الغنم والطعام الدسم.

٤- الزينة كالمشتهي للحلوى والسكر والثوب المنسوج من الحرير وكتان.

٥- الفضول التوسع في أكل الحرام والشبهة.

٣- من القواعد المتعلقة بقاعدة الضرر يزال

ما جاز لعذر بطل بزواله

يعني أن الأشياء التي تجوز بناء على الأعذار والضرورات إذا زالت تلك الأعذار والضرورات بطل الجواز فيها.

فروع تلك القاعدة:

١- الشهادة على الشهادة إنما جوزت بناء على عدم تمكن الشاهد الأصيل من حضور مجلس الحكم لمرض مقعداً أو غيبة بعيدة مثلا فإذا شفي الشاهد الأصيل من مرضه أو حضر الغائب من غيبته لا تجوز الشهادة على الشهادة.

٢- كذلك المستأجر يحق له فسخ الإيجار إذا حصل عيب حادث في المأجور ولكن إذا كان المؤجر قبل فسخ الإيجار أزال ذلك العيب فلا يبقى محل لفسخ الإيجار كذلك لو أن استعمل بعض الغرف ولم يسلم تلك الغرفة فالمستأجر هنا مخير بين فسخ الإجارة أو الدوام عليها فإذا خلى المؤجر الغرفة قبل أن يفسخ الإجارة فلا يحق له حينئذ الفسخ لأن العذر الذي كان يحق للمستأجر أن يفسخ الإجارة استناداً عليه قد زال.

٣- يبطل التيمم إذا قدر على استعمال الماء فإن كان لفقد الماء بطل بالقدرة عليه وإن كان لمرض بطل ببرئه وإن كان لبرد بطل بزواله.

ويخرج الأحناف على هذه القاعدة

١- الشهادة على الشهادة إذا كان الأصل مريضاً فصح بعد الإشهاد أو مسافراً فقدم أن يبطل الإشهاد على القول بأنها لا تجوز إلا لموت الأصل أو مرضه أو سفره.

٤- الضرر لا يزال بالضرر

من القواعد المتعلقة بقاعدة الضرر يزال أي الضرر لا يزال بمثله أي بضرر مثله ولا بأكثر منه إذ يشترط أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير ما أمكن بمعنى أنه لا يزال ضرر امرئ بضرر امرئ آخر لأن الكل عباد الله سواسية عنده.

وهذه القاعدة هي استدراك للقاعدة السابقة وهي قاعدة الضرر يزال حتى لا يفهم أن الضرر يزال ولو بضرر فجاءت هذه القاعدة لبيان أن الضرر يزال ولكن لا بضرر لا مثله ولا أعلى منه وإن أمكن أخف منه فشأنها شأن الأخص مع الأعم.

فروع هذه القاعدة

١- عدم وجوب العمارة على الشريك وإنما يقال لمريدها أنفق واحبس العين إلى استيفاء قيمة البناء وما أنفقه فالأول إن كان بغير إذن القاضي والثاني إن كان باسمه.

٢- لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر ولا شيء من

بدنه ولا قطع فلذة من فخذه ولا قتل ولده أو عبده.

٣- لو مال حائط إلى الشارع أو ملك غيره لم يجب إصلاحه.

٤- لو ان شخصاً فتح حانوتاً في سوق وجلب أكثر المشترين لجانبه بصورة أوجبت الكساد على باقي التجارة فلا يحق للتجار أن يطالبوا بمنع ذلك التاجر عن المتاجرة بزعم أنه يضر بمكاسبهم لأن منع ذلك التاجر عن التجارة هو ضرر بقدر الضرر الحاصل للتجار الآخرين. ولكن يغير تجارته أو نوع منها

٥- كذلك الشركة بالأموال هي ضرر ولذلك قد جوزت القسمة بين الشركاء إزالة للضرر والحاكم عند الإيجاب يحكم بالمقاسمة بين الشركاء جبراً.

أما إذا كان المال المشترك طاحوناً وطلب أحد الشركاء تقسيمه فإن تقسيم الطاحون يوجب ضرر الشركاء الآخرين الذين يرفضون المقاسمة فالحاكم لا يجبر الشركاء على القسمة حيث يكون قد أزال الضرر بمثله أو بأكثر منه.

٦- يجوز لمن تحقق الهلاك جوعاً أن يأخذ من غيره ما يدفع به الهلاك عن نفسه غصباً لكن لو كان صاحب المال محتاجاً إليه له وبأخذه منه يصبح معرضاً للهلاك أيضاً لا يحق

له أن يأخذه منه إذ أنه بدفع ضرره يجلب ضرراً لغيره مساوياً لضرره.

٥- من القواعد المتعلقة بقاعدة الضرر يزال

قاعدة

يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام

بما ان الضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام بل دونه فيدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص وهذه مقيدة لقاعدة الضرر لا يزال بالضرر أي لا يزال بمثله أو أعلى منه وإنما الممكن أن يزال بضرر أقل.

فروع القاعدة

١- جواز رمي كفار تترسوا بمسلمين فيزال الترس حفاظاً على أرواح المسلمين.

٢- جواز نقض حائط مملوك مال إلى طريق العامة على مالكها وإن كان ذلك ضرراً إلا أنه لدفع الضرر العام.

٣- بمقتضى هذه القاعدة أجاز الأحناف الحجر على البالغ العاقل الحر في ثلاث المغني الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس دفعاً للضرر العام فيمنع هؤلاء من مزاولة عملهم وهذا

ضرر إلا أنه ضرر خاص بهم ولكنهم لو تركوا وشأنهم يحصل من مزاولة عملهم ضرر عام كإهلاك كثير من الناس بجهل الطبيب وتضليل العباد وحدوث تشويش في الدين بسبب المفتي وغش الناس من المكاري المفلس.

٤- يجوز هدم البيت الذي هو أمام الحريق منعاً من سراية النار.

٥- إذا كانت هناك أبنية آيلة للسقوط والانهدام يجبر صاحبها على هدمها خوفاً من وقوعها على المارة.

٦- جواز الحجر على السفيه عند أبي يوسف ومحمد وعليه الفتوى منعاً للضرر العام.

٧- جواز بيع مال المديون المحبوس لقضاء دينه دفعاً للضرر عن الغرماء.

٨- جواز التسعير عند طمع التجار في زيادة الأرباح زيادة تضر بمصالح العامة.

٩- يمنع إخراج بعض الزخائر والغلال من بلدة إلى أخرى إذا كان في إخراجها ارتفاع للأسعار في البلدة.

١٠- يمنع الطباخ من فتح دكانه في سوق التجار خوفاً من

لحوق التجار الضرر من دخان مطعمه.

١١- بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة وامتناعه من البيع دفعاً للضرر العام.

من القواعد المتعلقة بقاعدة الضرر يزال

الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

ومعناها أنه إذا اجتمع ضرران فإنه ينظر فيهما أيهما أخف وأيهما أغلظ فيزال الأشد بالأخف ومعنى ذلك الضرر يجوز إزالته بضرر يكون أخف منه ولا يجوز أن يزال بمثله أو بأشد منه.

فروع هذه القاعدة:

مشروعية القصاص والحدود وقتال البغاة وقاطع الطريق ودفع الصائل والشفعه والفسخ بعيب المبيع والنكاح والإعار والإجبار على قضاء الديون والنفقة الواجبة وأخذ المضطر طعام غيره وقتاله عليه وقطع شجرة الغير إذا حصلت في هواء داره وشق بطني الميت إذا بلع مالاً ورمي الكفار إذا تترسوا بالنساء والصبيان وأسرى المسلمين وكذلك لو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى والباقي لأخر وطلب صاحب الأكثر القسمة أجيب في

الأصح وإن كان فيه ضرر شريكه.

كذلك لو أحاط الكفار بالمسلمين ولا مقاومة بهم جاز دفع المال إليهم وكذا استنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره لأن مفسدة بقائهم في أيديهم أعظم من بذل المال والخلع في الحيض لا يحرم لأن إنقاذ المرأة من زوج سيء مقدم على مفسدة تطويل العدة عليها

ولو وجد المضطر ميتة وطعام غائب فالأصح أن يأكل الميتة لأنها مباحة بالنص وأكل طعام الغائب مباح بالاجتهاد ومنها ما لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر إلى اعظمهما قيمة فيضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل.

ومنها جواز شق بطني الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته وقد أمر به أبو حنيفة رضي الله عنه فعاش الولد قالوا بخلاف ما إذا ابتلع لؤلؤة فمات فإنه لا يشق بطنه لأن حرمة الأدمي أعظم من حرمة المال وسوى الشافعية بينهما في جواز الشق.

من القواعد المتعلقة بقاعدة الضرر يزال :

درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ومعناها

أنه إذا تعارضت مصلحة ومفسدة يقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة فإذا أراد شخص مباشرة عمل ينتج منفعة له ولكنه من الجهة الأخرى يستلزم ضرراً مساوياً لتلك المنفعة أو أكبر منها فيجب أن يقلع عن إجراء ذلك العمل درءاً للمفسدة المقدم دفعها على جلب المصلحة لأن الشرع اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتنائه بالمأمور ولذلك قال النبي ﷺ "**إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه**" وروى أيضاً:- **لترك ذرة مما نهى الله عنه أفضل من عبادة الثقلين**"

أمثلة:

١- يمنع المالك من التصرف في ملكه إذا كان تصرفه هذا يضر بالجار.

٢- يجوز التسامح في ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة كالقيام في الصلاة والفطر والطهارة ولم يسامح في الإقدام على المنهيات وخصوصاً الكبائر.

مثال:- المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة وتكره للصائم.

٢- تخليل الشعر سنه في الطهارة ويكره للمحرم وقد يراعي

المصلحة لغلبتها على المفسدة.

من ذلك

الصلاة مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة والستر والاستقبال فإن كان في ذلك مفسدة لما فيه من الإخلال بجلال الله في ألا يتناجي إلا على أكمل الأحوال ومتى تعذر شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه تقديما لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة.

٢- ومنه الكذب مفسدة محرمة ومتى تضمن جلب مصلحة تربوا عليه جاز كالكذب للإصلاح بين الناس وعلى الزوجة لإصلاحها ولكنها يجوز بقدر الحاجة.

٣- وكذلك لو أراد متغلب ظالم أخذ الوديعة عنده محافظة عليها وهذه الأمثلة تسمى ارتكاب أخف الضرر.

من القواعد أيضاً

الضرر يدفع بقدر الإمكان:

بمعنى أن الإنسان يدفع الضرر عنه بقدر ما يمكن دفع الضرر بلا زيادة عليه ولذلك ذكر الفقهاء أنه لو دخل لص مثلاً يندفع بقدر الإمكان فإن كان ممن يندفع بالعصا فلا تدفعه بالسيف وكذا لو اغتصب شخص مال أخر واستهلكه فإن إرجاع

المـال المغصـوب المسـتهلك بعينـه غيـر ممكـن فإنـه يضـمن الغاصب مثل ذلك المال إذا كان من المثليات وقيمته إذا كان من القيميات وكذلك إذا حصل عيب حادث في المبيع عند المشترى ثم ظهر عيب له قديم فإن كان العيب الحادث مانع للمشترى من أن يرد المبيع بالعيب القديم فيزال الضرر بقدر الإمكان وذلك بأن يرجع المشترى على البائع بنقصان الثمن.

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة

بمعنى أن الحاجة إذا عمت تنزل منزلة الضرورة أي يباح لها المحظور كما يباح المحظور لأجل الضرورة والعامة التي ترتبط بعموم الناس

والخاصة أي خاصة بالفرد

والضرورة هي الحالة الملجئة لتناول المحظور شرعاً الحاجة هي احتياج الإنسان للشيء ولكنه لم يهلك إذا لم يجده ولكن يكون فقط في جهد ومشقة ومعنى تنزل أي تأخذ حكمها ومن هذه القاعدة تجويز البيع بالوفاء لأنه لما كثرت الديون على أهل بخاري مست الحاجة إلى ذلك ويفهم منها أن بيع الوفاء كان ممنوعاً وقد جوز بناء على الضرورة لأن استفادة المقرض زيادة على بدل القرض ربا ممنوع شرعاً وبيع الوفاء من هذا القبيل

غير جائز أصلاً ولكن حسب ما هو مذكور وقد اجتهد الفقهاء بناء على احتياج أهل بخاري في ذلك الزمن بتجويزه وكذا أهل مصر وقد سموه بيع الأمانة ويسميه الشافعية بالرهن.

٢- أن تجويز بيع السلم وبيع الاستضاع مستند على هذه القاعدة أيضاً لأن بيع السلم هو بيع معدوم وقياساً يجب أن يكون بيعاً باطلاً ولكن جوز بيع السلم وبيع الاستضاع للإحتياج والضرورة العمومية لأنه لا يخفى أن أكثر الفلاحين في غالب السنين يصبحون في احتياج شديد للنقود قبل إدرال محصولهم فدفعاً لاحتياجهم هذا قد جوز بيع السلم بقوله ﷺ "من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم لأجل معلوم".

٣- وكذلك جواز الاغتسال في الحمام مع أنها غير جائزة لأن المنفعة فيها مجهولة وغير معينة لأنه لا يمكن تعيين المدة التي يقضيها المغتسل في الحمام ومقدار الماء الذي يصرفه إلا أنه للضرورة العمومية قد جوزت.

٤- وكذلك جوز خيار التعيين للمبيع يجعل المبيع مجهولاً لأن بعض الناس لايمكنه أن يشتري شيئاً بدون سؤال العارفين.

٥- مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة ونحوها جوزت على خلاف القياس لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة

وفي الثانية من الجهالة وفي الثالثة من بيع الدين بالدين والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة.

٦- مسألة الصلح وإباحة النظر للمعاملة ونحوها.

٧- تضبيب الإناء بالفضة يجوز للحاجة والضبه هي ما يوضع على مكان الكسر لينجبر ومعلوم أنه لا يجوز استعمال إناء الذهب والفضة ولكن أجيز إصلاحه بشيء من الذهب والفضة لغير الزينة كإصلاح موضع الكسر والشد والتوثق.

٨- ومنها الأكل من الغنيمة في دار الحرب جائز للحاجة.

قاعدة الاضطرار لا يبطل حق الغير

ومعنى الاضطرار أي الإجبار على فعل الممنوع والاضطرار على قسمين

أحدهما ينشأ عن سبب داخلي ويقال له سماوي كالجوع مثلاً

الثاني الاضطرار الناشئ عن سبب خارجي ويقال له اضطرار غير سماوي وهو نوعان الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ وقد تم بيانهما في قاعدة المشقة تجلب التسيير.

والذي يفهم من هذه القاعدة أنه لو أصاب الإنسان من مال الغير شيئاً بناء على الاضطرار الذي يجوز له التصرف في مال الغير فلا تكون الإصابة الناشئة عن الاضطرار سبباً لأن يكون المتلف غير ضامن بل يجب على المستهلك أو المتلف أن يضمن قيمة المال المتلف مثال ذلك.

١- لو أن شخصاً جاع جوعاً شديداً وأصبح عرضة للتلف أي للموت فله الحق أن يأخذ من مال الغير ما يدفع به جوعه بدون إذن صاحب المال إلا أنه يجب عليه من الجهة الأخرى أن يضمن قيمة المال المتلف إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات ولا يكون الاضطرار على استهلاك ذلك المال سببا للتخلص من دفع قيمته والحاصل أن الاضطرار وإن أباح

للمضطر تناول وإتلاف مال الغير دون أن يرتب عليه عقاب فإنه لا يكون سبباً للخلاص من الضمان.

٢- وكذا لو هجم جمل صائل على شخص وأصبحت حياته مهددة فله إتلاف الجمل تخليصا لحياته من يد الهلاك إلا أنه يجب أن يدفع قيمة الجمل لصاحبه وهنا إذا اعترض بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات وما دامت تبيح المحظورات فينبغي عدم الضمان الرد على ذلك.

نقول القصد من الإباحة هذا إنما هو تجويز إتلاف المال بدون رضا صاحبه وأن لا يعد الفاعل غاصباً إلا أنه من الجهة الأخرى يجب الضمان لأن الإباحة لا تكون سبباً لضياع الحقوق على ذويها.

٣- وكذلك لو استأجر شخص قارباً ساعة من الزمن وبعد أن وصل إلى عرض البحر انقضت مدة الإجارة فمقتضى القاعدة أنه يجب على الراكب أن يبارح القارب في الحال إلا إذا رضى المؤجر أن يؤجره ثانية ولكن بما أنه يوجد هنا اضطرار فصاحب السفينة مجبر على أن يبقى المستأجر في القارب حتى يخرج به إلى البر ولكن هذا الإجبار لا يمنع المؤجر من أن يطالب بحقه فيطالب المستأجر بدفع ثمن المثل عن هذه المدة الزائدة.

العادة المحكمة

المعنى العام للقاعدة:

معناها أن العادات الحسنة التي تعود عليها المسلمين إنما تكون إنما تكون هي المرجع والحكم عند النزاع فإذا باع أحد المسلمين شيئا أو اشتراه أو استأجره ولم يكن يعرف كيفية بيعه أو استئجاره أو ثمنه فإنه يرجع في ذلك كله إلى المعتاد والمعروف عند المسلمين ويكون الرجوع إلى المعتاد والمعروف بين المسلمين فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة فإذا كان هناك نص عمل بموجبه ولا يجوز ترك النص والعمل بالعادة لأنه ليس للعباد تغير النصوص بالعادات كما أن النص أقوى من العادة ولا يجوز ترك القوي لأجل العمل بالضعيف.

العادة في اللغة: العادة من العود وهو التكرار يقال عاد إلى الشيء أي رجع إليه وارتد وأعاد الشيء أي كرر وأرجعه إلى مكانه وعود الحيوان على الشيء أي جعله يعتاده، والعادة في الإنسان هي كل ما أعتيد حتى صار يفعله الشخص من غير جهد وجمعها عادات والعادي الأمر الذي جرت به العادة [١].

---

(١) المعجم الوجيز صـ٤٣٩.

العادة اصطلاحا: هي الأمر الذي يتقرر في النفوس ويكون مقبولا عند ذوي الطباع بتكراره المرة بعد المرة.

وعلى ذلك فالأمر الجاري صدفة مرة أو مرتين لا يعد عادة ولا ينبني عليه حكما شرعيا وذلك كالإرهاب والزلزال وإن تكرر الواحد منهما مرتين أو أكثر [١].

وعرفها الجرجاني فقال: العادة هي ما استقر في الناس على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد مرة [٢].

العرف في اللغة: هو المعروف وهو ضد المنكر وهو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم وأعرافهم.

العرف اصطلاحا: هو ما استقر في النفوس بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول [٣].

والعرف بمعنى العادة إلا أن العادة أعم من العرف لأن العرف لا يكون إلا فيما تعارفه الناس جميعا وهو العرف العام ويكون فيما تعارفه أهل بلد بعينها وفيما تعارفه أهل قبيلة بعينها وهو العرف الخاص أما العادة فتطلق على ما تعود عليه

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٧١.

(٢) التعريفات للجرجاني صـ١٦٣.

(٣) المعجم الوجيز صـ٤١٥.

المسلمون وعلى ما تعود عليه أهل بلد بعينها وأهل قبيلة بعينها وتطلق أيضا على ما تعود عليه شخص بعينه. ومنه عادة المرأة في حيضها ونفاسها.

أصل القاعدة:

ذكرت جميع كتب الأشباه والنظائر أن أساس قاعدة " العادة محكمة " هو قول النبي ﷺ : " **ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن** ".

قال العلائي: هذا الحديث لم أجده مرفوعا إلى النبي ﷺ في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه وقد ذكر الدكتور جاد الرب رمضان – رحمه الله تعالى – أن أصل هذه القاعدة هو قوله تعالى:

﴿ **وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى** ﴾ [١].

وهذه الآية فيها ذم لمخالفة سبيل المؤمنين وذم مخالفة سبيل المؤمنين يوجب إتباع سبيلهم لما هو معروف أن الأمر بشيء نهي

---

(١) سورة النساء الآية ١١٥.

عن ضده وسبيل المؤمنين هو طريقتهم وعاداتهم [١].

شروط العمل بالعادة:

اشترط العلماء للعمل بالعادة شروط:

١ – ألا تتعارض العادة مع نص شرعي أو غير شرعي وذلك لأنه لا عمل بالعادة إلا في المسائل التي لا نص فيها فإذا كان في المسألة نص عمل بالنص وترك العادة والعرف على ذلك لأن النص أقوى من العادة [٢].

ومثال النص الغير شرعي ما لو جرى عادة أهل بلد أن يأكل الضيف من الطعام المقدم إليه فلما جلس الضيف قال له صاحب البيت: لا تأكل من هذا الطعام وبالتالي فإنه يقدم العمل بذلك النص ولا يلتفت للعادة وعليه لو أكل الضيف فإنه يضمن.

٢ – أن تكون عادة حسنة فإن كانت العادة مرزولة فلا تعتبر حجة وذلك كما لو اعتاد النساء الخروج سافرات بغير حجاب في بلد ما كما كان عليه الحال في السبعينات فإن ذلك لا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٨١.

(٢) مجلة الأحكام العدلية صـ٤٢.

٣ – أن تكون العادة مطردة بأن تكون عادة كل أهل ذلك المكان فإن اضطربت العادة من شخص لآخر فلا تعتبر – وذلك كمن باع شيئا بعشرة وسكت فإن العشرة هذه يعتبر فيها عادة أهل البلد من التعامل بالجنيه أو الدولار فإن كان لهذه البلد أكثر من عملة فحينئذ يلزم تعيين النقد وذلك لاضطراب عادة أهل البلد في التعامل.

٤ – أن العادة المعتبرة هي العادة المقارنة للفعل أو السابقة عليه ولم يتغير العمل بها أما العادة المتأخرة عن الفعل فلا عبرة بها في إثبات الحكم لذلك الشيء فمثلا لو وقف رجل وقفية على أن ينظر فيها قاض شافعي فإنه لا ينظر فيها إلا قاضي شافعي حتى لو تعود الناس غير ذلك فيما بعد (١).

ما تثبت به العادة:

فتثبت العادة بالتكرار مرة بعد المرة وأما الأمر الجاري صدفة فلا يعد عادة وإن تكرر وذلك كظاهرة الإرهاب والزلزال التي شهدتها مصر أخيرا فهذه لا تعد عادة وإن تكررت.

وثبوت العادة بالتكرار يختلف باختلاف الشيء المبني على

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٧ ، مجلة الأحكام العدلية صـ٥٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٤٢.

العادة.

فتثبت أحيانا العادة بتكرار الأمر مرة وأحيانا تعتبر العادة بالتكرار مرتين وأحيانا تثبت بالتكرار لأكثر من ثلاث مرات.

أ – ما تثبت فيه العادة بالتكرار مرة واحدة وهو الاستحاضة وذلك لأنها علة مزمنة فإذا وقعت فالظاهر دوامها وسواء في ذلك المبتدأة والمعتادة والمتحيرة.

ب – ما لا يعتبر العادة فيه بالمرة ولا بالمرات المتكررة بلا خلاف – وهي المستحاضة إذا انقطع دمها فرأت يوما طهرا ويوما نقاءً واستمر لها أدوار هكذا ثم أطبق الدم على لون واحد.

وكذا لو ولدت المرأة مرارا ولم تر نفاسا ثم ولدت وأطبق الدم وجاوز ستين يوما.

ج – ما لا يثبت بمرة ولا بمرات في الأصح.

وهو التوقف عن الصلاة ونحوها بسبب تقطع الدم وذلك إذا كانت ترى يوما نقاءً ويوما حيضا وكذا إذا كان انقطاع الصلاة مرة أو مرتين فهو لا يعد عادة في الأصح.

د – ما يثبت فيه العادة بالتكرار ثلاثة مرات بالاتفاق وفي

ثبوته بالمرة والمرتين خلاف وهو قدر الحيض والطهر [١].

هـ - ما تثبت العادة فيه بالتكرار لأكثر من ثلاث مرات. وذلك كالجارحة في الصيد لا بد أن تكون معلمة وأن تكون قد أمسكت أكثر من صيدٍ فلا بد من تكرار يغلب على الظن أنه عادة ولا يكفي فيه المرة والمرتين وفي الثلاث خلاف.

وكذلك القائف - فلا خلاف في اشتراط التكرار فيه لأكثر من ثلاث مرات بأن يرى المطعون في نسبه ومن أراد أن يدعيه لأكثر من مرة حتى يتيقن من وجود الشبه.

وكذلك اختبار الصبي قبل البلوغ بالممارسة فهذه يختبر الصبي مرتين فصاعدا.

وكذلك العادة في صوم يوم الشك. والعادة في الإهداء إلى القاضي وغيرها كثر.

وكذلك البول في الفراش فلا تثبت العادة فيه إلا بأكثر من ثلاث مرات [٢].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩١، ٩٢.

حجية قاعدة (العادة محكمة)

والقاعدة المذكورة حجة في الفقه الإسلامي في المسائل التي لا نص فيها ولا إجماع وهي أصل من الأصول التي يقوم عليها الاجتهاد ولهذا فقد ذكر الأصوليون في شروط الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة المجتهد عادات الناس وأعرافهم فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان وتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ولهذا ترى فقهاء المذهب الواحد خالفوا ما نص عليه المجتهد السابق في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به.

أي بناء على عادة أهل هذا الزمن ولعل من أبرز الأمثلة على تغيير الأحكام بتغيير العادات وجود مذهبين لإمامنا الإمام الشافعي رضي الله عنه .

مذهبه بالعراق اجتهد فيه وأفتى على غرار ما كان من عادات أهل العراق ولما أن رجع إلى مصر رأى رضي الله عنه عرفا وحضارة جديدين وآثار التابعين فكتب رسالته من جديد وعدل آرائه السابقة في الفروع وذلك بناءً على إطلاعه على بيئات

ومستويات وأعراف متباينة للناس وأحداث وظروف جديدة صقلتها مناظراته مع المخالفين له (١).

ولا أدل على حجية العادة من أن الإسلام حين نزل، نزل على قوم لهم عادات وأعراف خاصة بهم فلم يهدمها الإسلام هدما، وإنما أقر منها الحسن ورد منها القبيح وعدل ما كان يحتاج إلى تعديل، فأقر البيع والهبة ومعظم المعاملات التي تتفق وطبيعة الإسلام وذلك كالزواج، فقد كان معروفا منه أنواع عند العرب كنكاح الشفار وأصحاب الرايات والاستخيار فنبذ كل ذلك وأبقى على نوع واحد وهو النكاح الذي موجود لدينا الآن والذي تزوج به النبي ﷺ السيدة خديجة قبل بعثته وأبقى على القصاص والديه وغير حكم الظهار من طلاق مؤبد إلى تحريم ترفعه الكفارة، كل ذلك إقرار لمبدأ اعتبار العادات في الإسلام (٢).

---

(١) بحث للدكتور وهبة الزحيلي في مجلة كلية الدراسات العربية بدولة الإمارات العربية المتحدة نشر ١٩٩٢.

مغني المحتاج ج١ صـ١٤.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج٥ صـ٢٩٠.

أقسام العادة والعرف

تنقسم العادة والعرف إلى قسمين:

الأول: من حيث العموم والخصوص لكل منهما.

الثاني: من حيث النوع كعملي أو قولي.

وسنبين كل تقسيم على حدة.

أولا: تقسيم العادة والعرف من حيث العموم والخصوص وذلك على ثلاثة أقسام:

١ – العرف العام وهو عرف هيئة غير مخصوص بطبقة من طبقاتها وواضعه غير متعين والعرف العام هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا هذا. وهو الذي قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفا للقياس مثال ذلك: ما إذا حلف شخص قائلا: (والله لا أضع قدمي في دار فلان) فإنه يحنث إذا دخل هذه الدار راكبا أو ماشيا أما لو وضع قدمه فقط ولم يدخل لم يحنث بذلك بوضع قدمه فقط.

والعلة في عدم حنث الرجل بوضع قدمه ولم يدخل هو أن العلماء قد تعارفوا على أن وضع القدم بمعنى الدخول وليس مجرد وضع القدم.

٢ – العرف الخاص وهو اصطلاح طائفة مخصوصة على شيء مخصوص بهم وذلك كاصطلاح علماء النحو على لفظة الرفع وعلماء الأدب على كلمة النقد.

٣ – العرف الشرعي وهو عبارة عن الاصطلاحات المخصوصة بعلماء الشرع وذلك كلفظ الصلاة والزكاة والحج. فإن الصلاة معناها في اللغة الدعاء والزكاة في اللغة التطهير والحج لغة القصد ولكن وجدنا علماء الشريعة [١]. عرفوا الأول بأنه أقوال وأفعال مبتدأة بالتكبير ومختتمة بالتسليم بشرائط مخصوصة.

والثاني بأنها إخراج قدر مخصوص من مال مخصوص لأشخاص مخصوصة والثالثة بقصد الكعبة للنسك.

فهنا نجد أن الاستعمال الشرعي لهذه الألفاظ غيرها وأهمل معناها اللغوي.

حجية العرف العام والخاص:

العرف العام يثبت به حكما عاما على سائر أفراد المسلمين وقد ذكرنا تعارف العلماء على أن وضع القدم بمعنى الدخول في

---

(١) مجلة الأحكام العدلية صـ٣٤.

قول القائل: (والله لا أضع قدمي في دار فلان) وهذا العرف يسري على سائر المسلمين.

أما العرف الخاص فإنه يثبت به حكما خاصا في تلك البلدة أو القبيلة التي هو عرفها.

فلو تعارف أهل بلد وقف عقار ما ولم يتعارف في بلد أخرى وقف ذلك العقار فإن العرف يسري في وقف هذا العقار على أهل البلدة ولا يسري على غيرها.

ثانيا: تقسيم العرف والعادة من حيث القول والفعل

أولا: العرف العملي: ومعناه أن يوضع اللفظ في اللغة لمعنى زي أنواع ويكثر استعمال أهل العرف لبعض أنواعه فقط وذلك كالثواب فإنه يستعمل في ثوب الحرير والكتان والقطن والوبر والشعر - إلا أن أهل العرف استعملوه في الثلاث الأولى فقط. ولفظ الخبز يطلق على خبز الفول والشعير والحلبة والحمص إلا أن أهل العرف قد استعملوه في خبز البر دون ما عداه.

والعرف العملي هو ما جرى التعامل به بين الأشخاص في أعمالهم وقضاء حوائجهم. وذلك كتعامل المسلمين على الكيل

والوزن [١]. والتسعير وعدمه وأكل لحم الضأن وأكل لحوم البقر والجاموس كثيرا وندرة أكل لحوم الإبل في هذا الزمن كل ذلك أعراف جرى التعامل بها بين المسلمين وكذلك التعامل بالجنيه والدولار والريال فإذا ما أراد أجنبي شراء شيء فإنه يراعي فيه عادة أهل البلد من الكيل أو الوزن أو العد.

ولذلك قالوا أنه لو اعتاد أهل بلد أكل خبز القمح وأكل الضأن ثم كلف أحدهم رجلا أن يشتري لحما أو خبزا فإنه ليس له أن يشتري غير خبز القمح ولحم الضأن وإن لم يذكر له ذلك لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

ثانيا: العرف القولي: وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه وهذا العرف أيضا يسمى عند الشافعية والحنفية عرفا مخصصا وذلك كاختلاف مسميات بعض الأشياء البسيطة ما بين بلد وبلد مثل المقشة والمكنسة ولفظ اللبان والمستكة. ولفظ الأستيكة والجومة. فبلد تقول الأستيكة وأخرى تقول الجومة وهكذا في سائر الألفاظ وكذا اختلاف اللهجات ما

---

(١) مجلة الأحكام العدلية صـ٥٧٧، ٥٨ – الفروق للقرافي صـ٨١ – قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام صـ٢٨١.

بين نطق القاف قاف في بعض القرى ونطقها جيما في البعض الآخر على ما هو معروف في لهجات أهل مصر.

ولمعرفة أصل العرف القولي يجرنا لتقسيم اللفظ من حيث الواضع له [١].

أقسام اللفظ من حيث واضعه:

ينقسم اللفظ بالنسبة إلى واضعه الحقيقي أو الاصطلاح إلى أربعة أقسام:

الأول: الحقيقة اللغوية: وهي ما وضعها واضع اللغة والمراد بها في هذا التقسيم أي من أحدث وضعها الحقيقي لهذا المعنى لا لذلك وهو على الراجح أنه الله تعالى الواضع لها لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَّمَ آدَمَ الأَسْمَاءَ كُلَّهَا ﴾ [٢]. وقيل أنهم البشر.

الثاني: الحقيقة الشرعية: وهي ما وضعها الشارع كالصلاة والزكاة فقد نقلها الشارع من معناها الأصلي إلى العبادات المخصوصة وقد لاحظنا أن الحقيقة الشرعية ستذكر مرة أخرى في تقسيم العادة إلى عامة وخاصة وذلك لأن الحقيقة الشرعية

---

(١) مجلة الأحكام العدلية صـ٤١ – الفروق للقرافي صـ٨١ – الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٠.

(٢) سورة البقرة الآية ٣١.

من العرف الخاص أيضا.

الثالث: الحقيقة العرفية الخاصة: وهي ما وضعها أهل عرف خاص وهم كل طائفة خاصة منسوبون لحرفة معينة كالنحويين مثلا فقد نقلوا الفعل من كونه الأمر والشأن للفظ الدال على معنى في نفسه مقترن بأحد الأزمنة الثلاثة لاشتمال اللفظ المذكور على الأمر والشأن.

الرابع: الحقيقة العرفية العامة: وهي ما وضعها أهل العرف العام بمعنى أن الناقل لها من جميع الطوائف وذلك كلفظ الدابة نقلها العرف العام من كل ما يدب على الأرض وخصت بذات الحافر كالفرس والحمار والبغل ووضعها أهل العراق للفرس وأهل مصر للحمار ولا يشترط العلم بشخص الناقل في هذه الثلاثة أقسام الأخيرة.

وهذا القسم الرابع: وهو مراد الأصل بالعرف القولي وينقسم إلى قسمين (١):

القسم الأول: وهو ما يكون في المفردات نحو الدابة في ذات الحوافر أو الفرس والحمار ونحو قتل فإنها في الأصل

---

(١) الفروق للقرافي صـ١٧٢.

موضوع لإزهاق الروح وفي عرف مصر والحجاز موضع للضربة الشديدة خاصة.

القسم الثاني: وهو ما يكون في المركبات وهو أدقها على الفهم وأبعدها عن التفطن وضابطها أن يكون شأن الوضع اللغوي تركيب لفظ ثم يشتهر في العرف تركيبه مع غيره وأمثلته كثيرة منها – قوله تعالى: ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ** ﴾ [١]. وقوله تعالى: ﴿ **حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ** ﴾ [٢]. وقوله ﷺ : " **ألا إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا** " [٣].

وهذا كل ما يرد في العرف من الأحكام مركبا من الذوات فإنه وضعها العرف للتعبير عن حكم الأفعال التي لا تحسن. فحرمة الميتة معناه حرمة أكلها وحرمة الأم والبنت أي حرمة زواجها والاستمتاع بها.

علاقة العرف القولي بالعرف العام:

---

(١) سورة النساء الآية ٢٣.

(٢) سورة المائدة الآية ٣.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ج١ صـ٢٣، كتاب العلم باب قول النبي ﷺ : " رب مبلغ أوعى من سامعه " وصـ٣١ باب ليعلم الشاهد الغائب.

والعرف القولي هو عبارة عن قصر استعمال العرف العام للفظ في بعض أفراد معناه اللغوي أو في معنى مناسب لمعناه اللغوي حتى يصير باقي المعاني مهجورا.

والعرف الفعلي عبارة عن كثرة استعمال أهل العرف لبعض أنواع مسمى للفظ اللغوي في عوائدهم دون بقية أنواعه مع بقاء ذلك اللفظ اللغوي مستعملا في معناه وفي مسماه اللغوي من غير تعرض له ولذلك كان العرف القولي تخصيصا للعرف العام أما العرف الفعلي فلا [١].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٢.

تعارض العرف مع الشرع واللغة

تعارض العرف مع الشرع:

ذكرنا أن العادة والعرف يحتج بهما إذا لم يكن في المسألة نص من كتاب أو سنة أو إجماع ولا يمكن قياس المسألة على نص من كتاب أو سنة فإذا لم يكن هناك نص كان العرف والعادة هما الحكم فإذا وجد بالمسألة نص من كتاب أو سنة فإن الرجوع إلى النص مقدم على العمل بالعادة وذلك لأن النص أقوى من العرف وذلك لأن النص من كلام الله تعالى أو رسوله ﷺ أما العرف فهو من ابتداع البشر وهكذا الحال لو وجد نص من المتعاقدين.

ولذلك كان من شروط العمل بالعادة ألا تتعارض مع نص شرعي فإذا تعارضت قدم النص وترك العمل بالعرف [١].

ثانيا: تعارض العرف في اللغة:

إذا تعارض العرف في اللغة فأيهما يقدم

فنجد أنه للشافعية في ذلك وجهان:

---

(١) مجلة الأحكام العدلية صـ٤١، الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٣.

الأول: أنه يقدم الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوي وهذا ما ذهب إليه القاضي حسين من الشافعية.

الثاني: أنه يقدم الدلالة العرفية على الدلالة اللغوية وإليه ذهب البغوي وقال أن الدلالة العرفية يحكم بها في التصرفات سيما في الإيمان. وهو اختيار الغزالي [١].

ولأصحاب الإمام الشافعي قول ثالث حكاه الرافعي وهو أنه إذا كان العرف يوافقه وجه في اللغة يقدم العرف. وإذا كان العرف لا يوافقه وجه اللغة البتة يقدم اللغة ولذلك قال الرافعي: يتبع مقتضى اللغة تارة وذلك عند ظهورها وشمولها وهو الأصل ويتبع العرف إذا استمر واطرد وقال ابن عبد السلام: يرجع إلى العرف إذا لم يضطرب فإن اضطرب فاللغة أولى وعلى ذلك فمن حلف أن يضحي بعيرا فإنه لا تقبل منه الناقة لغة لاختصاص البعير بالمذكر والناقة بالمؤنث ويقبل منه الناقة عرفا لدخول الناقة في جنس الإبل.

كذلك من حلف ألا يأكل خبز الأرز فإنه على تقديم اللغة يحنث وذلك لدخول خبز الأرز ضمن الخبز وعلى تقدم العرف

---

(١) الأوجه هي طريقة الأصحاب في حكاية المذهب عند الشافعية، مغني المحتاج ج١ صـ١٧.

لا يحنث ما دام أكل الخبز غير متعارف عليه.

وتعارض العرف والوضع إنما يكون في حق العربي أما في حق العجمي فيعتبر عرفه قطعا إذ لا وضع له يحمل عليه.

ثالثا تعارض العرف العام والخاص:

من المعروف لدى علماء الأصول أنه إذا تعارض العرف العام والخاص فإنه يقدم العمل بالخاص على العمل بالعام.

إلا أن علماء القواعد الفقهية قد جعلوا لذلك ضابطا وهو أنه إذا كان العرف الخاص محصورا لم يؤثر ولم يبنى عليه حكم وذلك لما علمنا من أن العادة قد تطلق على ما تعود عليه المسلمون أو الناس جميعا كالتعارف على أن وضع القدم بمعنى الدخول.

وقد تطلق العادة على ما تعود عليه أهل بلد بعينها أو أهل قبيلة بعينها كالتعامل بالكيل والوزن والتعامل بالجنيه والريال وغيره، وكذا [1]. تطلق العادة على ما تعود عليه شخص بعينه في مأكله ومشربه ومنه وعادة المرأة في حيضها ولهذا جاء الضابط عن الفقهاء أنه إذا كان العرف الخاص غير محصور

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩١.

فإنه يعتبر ويقدم على العرف العام وإذا كانت العادة محصورة في شخص بعينه فإن هذه العادة لا عبرة بها في بناء الأحكام إنما ينبني الحكم على الشائع الغالب.

وذلك كما إذا اعتادت المرأة أن تحيض في العام مرة أو مرتين فإن هذا لا ينبني عليه حكم وإنما الحكم في زمن الحيض والطهر بناء على الغالب من النساء. وكما اعتاد الناس العمل نهارا أو اعتاد فرد أو اثنين أن يعملا ليلا فإن الحكم ينبني على الغالب وليس على النادر. ونرى ذلك في مسألة القسم بالنسبة للنساء فقد اتفق الفقهاء على أن محل القسم هو الليل إلا إذا كان عمل الرجل ليلا فيكون النهار محل القسم [١].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٥ ، مجلة الأحكام العدلية صـ٤٢ ، المغني لابن قدامة ج٦ صـ٧٠.

القواعد الفقهية المتعلقة بقاعدة العادة والعرف

١ – الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

ومعنى تلك القاعدة أن ما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلا (ذلك كما لو ادعى رجل أن الجنين الذي في بطن هذه المرأة قد باعني كذا) واشترى مني كذا وكذا لو ادعى رجل معروف بالفقر على رجل معروف بالغنى أنه اقترض منه مبلغا لا يتصور وجوده معه فهذه الدعاوى ومثلها كثير مما لا يتصور وقوعه عادة لا تقبل الدعوى فيه.

٢ – لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.

ومعناها أنه من الممكن والجائز أن تتغير الأحكام بتغير الأزمان وهذا أمرا ممكنا لا نكار عليه ولكن يجب أن نبين أن الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المبنية على العادة والعرف وذلك لأنه بتغير الأزمان تتغير عادات الناس واحتياجاتهم وبناءً على هذا التغير تتغير العادة والعرف ويتغير الأحكام المبنية عليهما هذا بخلاف الأحكام المبنية على الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة فإنها لا تتغير بتغير عادات الناس.

وقد رأينا أحيانا اختلاف الفتاوى في الأحكام المبنية على

العادة بين الأئمة ولعل السر في ذلك اختلاف عادة الناس بين زمن هذا الإمام وذلك وقد مثل العلماء لذلك بمسألة تزكية الشهود فقد رأى الإمام أبي حنيفة الحكم بشهادة الشهود من غير بحث في تزكيتهم ما لم يطعن الخصم في ذلك. هذا في دعوى المال وقد رأى الإمامان وجوب تزكية الشهود قبل الحكم ولعل السبب في ذلك هو اختلاف فساد الزمان ما بين الإمام الأعظم وصاحباه وقد رأينا كيف أن الإمام الشافعي غير بعضا من فتاواه ما بين العراق ومصر بناءً على اختلاف عادات الناس وأعرافهم فيما بين العراق ومصر [١].

وقد اتفق العلماء على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس وعاداتهم هي الأحكام الاجتهادية المقررة بناءً على دواعي المصلحة وهي الأحكام المتعلقة بالمعاملات أو الأحوال المدنية من كل ما له صلة بشؤون الدنيا وحاجات التجارة والاقتصاد ويكون تغير الأحكام فيها في حدود المبدأ الشرعي وهو إحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد أما الأحكام الأساسية في الشريعة الإسلامية المقررة بصريح النصوص الشرعية فلا تقبل التبديل مهما تبدل الزمان وتغير

---

(١) مجلة الأحكام العدلية صـ٤٦.

المكان وذلك مثل الأحكام التعبدية في العبادات الشرعية من صلاة وصيام وزكاة وحج، ونحوها من المقدرات الشرعية مثل العقوبات المقدرة في الحدود كالزنى والسرقة وشرب الخمر والحرابة، وحماية حقوق العمال بإصدار تشريعات اجتماعية لهم تنظم علاقتهم مع أرباب العمل أما الأحكام الظنية المبنية على الاجتهاد في فهم النص أو على مراعاة عرف صحيح لا يصادم الشريعة أو المعتمدة على المصلحة المرسلة أو الاستحسان فهذه قابلة للتغيير والتبديل لاختلاف مناهج المجتهدين.

وقد ذكر الإمام القرافي ما يدل لذلك قوله: (أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها مهما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات والعيوب وأوصاف المبيعات).

أهمية هذه القاعدة:

وذكر الإمام ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين ما يفيد أهمية ذلك فذكر أنه تتغير الفتوى بحسب تغير الأزمنة والأماكن والأحوال والبيئات والعوائد وأثبت أن الشريعة مبنية على مصالح العباد وأن الجمود على أحكام العلماء من غير مراعاة العرف والعادة السائدة في أيامهم أوقع الناس في الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه.

أسباب تغير الأحكام

القاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، وهي من القواعد التابعة لقاعدة: "العادة محكمة"، ومعناها أن الأحكام المنصوص عليها في الكتاب والسنة لا تتغير ولا تتبدل، أما الأحكام التي لا نص فيها وترجع إلى العادات والأعراف تتغير من زمن إلى زمن وبيان ذلك على النحو التالي:

أسباب تغير الفتوى

قرر علماؤنا أن الفتوى تتغير بحسب الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، وقد عقد ابن القيم رحمه الله في كتابه المميز أعلام الموقعين(١) فصلاً طويلاً في هذا الباب عندما قال: " فصل في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد.

ثم قال: هذا فصل عظيم النفع جدًا ووقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والشمقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي هي في أعلى

---

(١) أعلام الموقعين ج ٤ ص ٣٣٧.

ربت المصالح لا تأتي به .

فإن الشريعة أساسها ومبناها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة ومصالح وحكمه وكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إ'لى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل.

فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها.

ثم شرع بذكر الأمثلة على هذه القاعدة، فقد ذكر الأمثلة على هذه القاعدة في إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان [١].

وقبل الحديث عن تغير الفتوى ومظاهر نبين أولاً: أن الأحكان نوعان:

النوع الأول: لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة كوجوب الواجبات وتحريم

---

(١) إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان ج ١ ص ٥٧٠.

المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد تخالف ما وضع عليه.

والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا كمقادير التعزيزات وأجناسها وصفاتها فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة.

ثم فصل في مقادير التعزيزات واختلافها في زمن النبي ﷺ ومن بعده الصحابة رضي الله هنهم ما تقتضيه المصلحة.

وقال القرافي المالكي في الإعلام في تمييز الفتاوي عن الأحكام(١): أن إجراء الإحكام التي مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة.

وعندما ينسب تغير الفتوى إلى الزمان والمكان فليس معنى ذلك أنها المؤثرات في التغيير كما يريده أو يظنه أهل الجهل والهوى وكأن الزمان المجرد أو المكان المجرد هما سبب تغيير

---

(١) الأعلام في تمييز الفتاوي عن الإحكام ص ١١١.

الفتوى، ولكن لما كان الزمان والمكان أوعية للأحداث والأفعال والتغيرات والعوائد والأعراف نسب التغيير للزمان والمكان، وهذا يطلق عليه في عرف البلاغيين مجاز مرسل علاقته الظرفية .

وعوامل التغير إما سببها فساد الناس أو تغير حياتهم بين الجوع والقحط والفقر والغنى مما يقدره الله سبحانه أو يكون سببه تطور أساليب الحياة.

عن أبي ثعلبة الخشني ﵁ عن رسول الله ﷺ قال: " **إن الله تعالى فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدود فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها**"[١].

عندما نقف متأملين لهذا الحديث فإننا نلحظ ما فيه من استيعاب لأحكام الشريعة الإسلامية وما فيه من توضيح لطبيعة هذا الدين وحقيقته.

ولأجل ذلك أولى العلماء هذا الحديث اهتمامًا بالغًا قادهم إلى دراسته وقالوا عن هذا الحديث: ليس في الأحاديث حديث

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطني ج ٤ ص ١٨٣، والحاكم رقم ٧١١٤.

واحد أجمع بانفراده لأصول الدين وفروعه من هذا الحديث.

وإذا نظرنا إلى هذا الحديث فإننا نجد أن ا لنبي ﷺ قد حدد لنا معالم هذا الدين وطبيعته فعبر عن شرع الله بألفاظ أربعة:

الفرائض، والمحارم، والحدود، والمسكوت عنه.

وترتبط هذه الألفاظ ارتباطًا وثيقًا محكمًا لترسم لنا التصور الصحيح للمنهج الذي ينبغي أن يسير عليه المسلم في هذه الدنيا.

لقد كانت أول قضية يتناولها الحديث بيان موقف المكلف نحو ما يرد عليه من الأوامر في الكتاب والسنة فقال: " **إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها**".

أنه توجيه إلى عدم التفريط في أداء الفرائض.

والفرائض هي الواجبات الشرعية التي أوجبها الله على عباده وألزمهم بها .

ومنها ما يكون واجبًا على كل أفراد الأمة وهو ما يسمى بالفرائض العينية ومنها ما هو واجب على الكفاية أي إذا قام به من يكفي سقط الإثم عن الباقين.

فهذه الفرائض بنوعيها واجبة على كل مكلف ما دام مستطيعًا.

وإذا ورد الأمر من الله تعالى أو من رسوله ﷺ فلا مجال لرده أو عدم تنفيذه؛ لأن هذا هو مقتضى إيمان العبد بالله ورسوله ، وكما قال في كتابه: ﴿ **وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ** ﴾(١).

فهذه الطاعة هي عنوان العبودية والتسليم لحكم الله وشرعه.

وإذا تأملنا نصوص الوحي فإننا نجد أنه قد جاء التعبير عن الفرض بكلمة أخرى هي الواجب والحقيقة أنه لا فرق بين هذين اللفظين من حيث العمل، فكلاهما لازم أداؤه.

وأما فيما يتعلق بالمحرمات فقد أرشدنا النبي ﷺ إلى تركها فقال: "**وحرم أشياء فلا تنتهكوها**" فدعى إلى ترك المعاصي بجميع أنواعها وإنما عبر هنا بلفظ الانتهاك ليبين ما عليه حال من يقارف المعاصي من تعد وعدوان على أحكام الله – عز وجل– فأتى بهذه اللفظة للتنفير عن كل ما نهى الله عنه من

---

(١) من الآية من سورة الأنفال.

الكفر والزنا وشرب الخمر وعقوق الوالدين وشهادة الزور.

ولما كان مرار التكليف كله على فعل المأمور وترك المحظور والتقيد بأحكام الشريعة والالتزام بها أكده النبي ﷺ بقوله: " **وحد حدودًا فلا تعتدوها**".

لقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ وَمَن يَتَّبِعْ خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ فَإِنَّهُ يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ**﴾(١).

"**وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها**" فهنا سكت الله – عز وجل– عن أشياء فلم يحرمها ولم يفرضها.

وقالوا: سكت بمعنى لم يقل فيها شيء لا أوجبها ولا حرمها.

وقوله غير نسيان: أي أنه – عز وجل– لم يتركها ناسيًا ﴿**وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِياًّ** ﴾(٢) ولكن رحمة بالخلق حتى لا يضيق عليهم.

"**فلا تبحثوا عنها:** أي لا تسألوا.

---

(١) من الآية ٢١ من سورة النور.

(٢) من الآية ٦٤ من سورة مريم.

ويستفاد من هذا الحديث:

إثبات الأمر لله – عز وجل– وحده فهو الذي يفرض وهو الذي يوجب وهو الذي يحرم.

فالأمر بيده لا يستطيع أن يوجب ما لم يوجبه الله أو يحرم ما لم يحرمه الله، وأنه تعالى حد حدودًا بمعنى أنه جعل الواجب بيّنا والحرام بيّنًا كما في حديث النعمان بن بشير:

"**الحلال بين والحرام بين وبينهما أمورًا متشابهات**".

٥ – تحريم تعدي حدود الله بقوله: " **فلا تعتدوها**" فالطلاق له عدد والعدة لها عدد والزنا يجلد بعدد فإذا قال أحد نزيد أو ننقص فالجواب: " أأنتم أعلم أم الله".

أما ما سكت الله عنه فهذا الذي يتغير من زمان لزمان ومن مكان لمكان ومن شخص لآخر على النحو التالي:

١- تغير الفتوى بحسب الأحوال

تتغير الفتوى بحسب أحوال الناس سواء أكان التغير بسبب الناس أو بسبب خارج عن قدرتهم واختيارهم ومنها ما يلي:

١ – أن النبي ﷺ شرع لأمته إيجاب إنكار المنكر ليحصل بإنكاره من المعروف ما يحبه الله ورسوله، فإذا كان إنكار المنكر يحصل بإنكاره من المعروف ما يحبه الله ورسوله.

فإذا كان إنكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه وأبغض إلى الله ورسوله فإنه لا يسوغ إنكاره ولا يكن مشروعًا، وذلك كالإنكار على الملوك والولاة بالخروج عليهم فإنه أساس كل شر وكل فتنة إلى آخر الدهر.

وذلك لقوله تعالى: ﴿ **أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ**﴾(١).

وقد ا ستأذن الصحابة رسول الله ﷺ في قتال الأمراء الذين يؤخرون الصلاة عن أوقاتها فقال: " **لا ما أقاموا الصلاة**".

---

(١) من الآية ٥٩ من سورة النساء.

وقال ﷺ: " **من رأى من أميره ما يكره فليصبر ولا ينزعن يدًا من طاعته**".

ومن تأمل ما جرى على الإسلام في الفتن الكبار والصغار رآها من إضاعة هذا الأصل وعدم الصبر على منكر فطلب إزالته فتولد منه ما هو أكبر منه.

ولنا في رسول الله ﷺ الأسوة الحسنة .

فقد كان رسول الله ﷺ يرى بمكة أكبر المنكرات ولا يستطيع تغييرها بل لما فتح الله مكة وصارت دار الإسلام عزم على تغيير البيت ورده على قواعد إبراهيم ومنعه من ذلك مع قدرته خشية وقوع ما هو أعظم منه من عدم احتمال قريش لذلك لقرب عهدهم بالإسلام وكونهم حديثي عهد بكفر ولهذا لم يأذن في الإنكار على الأمراء باليد لما يترتب عليه من وقوع ما هو أعظم منه كما وجد.

والواقع أثبت ذلك فما رجعت العراق ولا ليبيا ولا السودان ، فما وجدت دولة منهم أمانا ولا استقرارًا بعد رؤسائهم وأمرائهم.

ولذلك قالوا: فإنكار المنكر أربع درجات:

الأولى: أن يزول ويخلفه ضده.

الثانية: أن يقل المنكر وإن لم يزل بجملته.

الثالث: أن يترتب على إنكار المنكر منكرًا مثله.

الرابعة: أن يخلف المنكر منكرًا أكبر منه.

فالأولى والثانية مشروعات، والثالثة محل اجتهاد، والرابعة ممنوعة.

ويدل أيضًا لتغير الفتوى بتغير الأشخاص حديث عمران بن حصين حين قال: كانت بي بواسير فسألت النبي ﷺ عن الصلاة فقال: "**صل قائمًا فإن لم تستطع فقاعدًا فإن لم تستطع فعلى جنب**".

ومما يدل لذلك أيضًا ما في الصحيحين عن عائشة – رضي الله عنها– قالت: "**استأذنت سودة النبي ﷺ ليلة جمع وكانت ثقيلة ثبطة فأذن لها**".[(١)].

ويقول ابن القيم وسمعت شيخ الإسلام بن تيمية يقول مررت أنا وبعض أصحابي في زمن التتار بقوم منهم يشربون الخمر

---

(١) الموسوعة الفقهية ج ١٧ ص ١٤٦.

فأنكر عليهم من كان معي فأنكرت عليه وقلت له إنما حرم الله الخمر لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة[١].

وهؤلاء يصدهم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية وأخذ الأموال فدعهم.

ومنه أيضًا:

تضمين الأجر المشترك كالخياط والصباغ والكواء فإن الأصل أنه أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، ثم قرر الصحابة أن يضمنوه نظرًا لكثرة الادعاء بهلاك ما في يده ومحافظة على أموال الناس.

٢ – الشهود وشرطهم الأصلي العدالة ولكن لما فسدت الذمم والأشخاص وعزت العدالة في الأزمنة المتأخرة قبلوا شهادة الأمثل والأقل فجورًا فالأقل ونظير ذلك في القضاة والحكام وغيرهم إذا لم يوجد العدل أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورًا لئلا تتعطل المصالح وتضيع الحقوق والأحكام فقد حسن ما كان قبيحًا واتسع

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية ج ٣ ص ٢، ٣.

ما كان ضيقًا ؛ لأن خيار زماننا هم أراذل أهل الأول.

٢- تغير الفتوى بحسب المكان

قد تتغير الفتوى بحسب المكان فنجدها في مكان لها حكم وفي مكان آخر لها حكم آخر هو الذي يحقق المصلحة ويدفع المنكر وقد وجدنا الإمام الشافعي ﷺ له في المسألة الواحدة حكم بمصر وحكم ببغداد.

ومن أمثلة ذلك أن النبي ﷺ " **نهى أن تقطع الأيدي في الغزو**".

فهذا حد من حدود الله وقد نهى عن إقامته في الغزو خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخيره من لحوق صاحبه بالمشركين حمية وغضبًا كما قاله عمر وأبو الدرداء.

وقد نص أحمد وإسحاق بن راهوية والأوزاعي وغيرهم من علماء الإسلام على أن الحدود لا تقوم في أرض العدو.

وذكرها أبو القاسم الخرقي في مختصره فقال: لا يقام الحد على مسلم في أرض العدو.

واستدلوا على ذلك بأن أتى بشر بن أرطأة برجل من الغزاة

قد سرق مجنة فقال : **لولا أني سمعت رسـول الله ﷺ يقـول:** " لا **تقطع الأيـدي في الغـزو لقطعـت يـدك**" ، وقال أبو محمد المقدسي وهو إجماع الصحابة .

وروى سعيد بن منصور عن الأحوص بن حكيم عن أ بيـه أن عمر بـن الخطـاب كتـب إلـى النـاس أن لا يجلـدن أميـر جيش ولا سرية ولا رجل من المسلمين حدًا وهو غاز حتى يقطع الدرب قافلاً لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار.

وعـن علقمـة قـال: كنـا فـي جيش فـي أرض الـروم ومعنـا حذيفة بـن اليمـان وعلينـا الوليد بن عتبه فشرب الخمر فأردنا أن نحـده فقـال حذيفـة: أتحـدون أميـركم وقـد دنـوت مـن عـدوكم فيطمعون فيكم".

٣- تغير الفتوى بحسب الزمان

من أمثلتها أن عمر بن الخطاب أسقط القطع عن السارق في عام المجاعة.

فقد روى عن عمر أنه قال: " **لا تقطع اليد في عزق ولا عام سنه**".

والعذق: هو النخلة، وعام سنه: أي مجاعه.

وروى أن غلمة لحاطب بن بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينه فأتى بهم عمر فأقروا، فأرسل إلى عبد الرحمن بن حاطب فجاء فقال له: إن غلمان حاطب سرقوا ناقة رجل من مزينة ، وأقرو على أنفسهم ، فقال عمر: ياكثير بن الصلت اذهب فاقطع أيديهم فلما ولى بهم ردهم عمر ثم قال: أما والله لولا أني أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى أن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له لقطعت أيديهم، وأيم الله إذا لم أفعل لأغرمنك غرامة توجعك ثم قال: يا مزني بكم أو أريدت كنك ناقتك قال: بأربع مائة ، فقال عمر اذهب فأعطيه ثماني مائة" وذهب أحمد إلى موافقة عمر.

ولعل مقتضى قواعد الشرع أن السنة إذا كانت سنه مجاعة وشدة وغلب على الناس الحاجة والضرورة فلا يكاد السارق يسلم من ضروره تدعوه إلى ما يسد به رمقه، ويجب على صاحب المال بذل ذلك إما بالثمن أو مجانًا ، والصحيح بذله مجانًا لوجوب المساواة وإحياء النفوس مع القدرة على ذلك والإيثار بالفضل وهذه شبهة قوية تدرأ لحد القطع عن المحتاج وهي أقوى من كثير من الشبه التي يذكرها الفقهاء(١).

من تغيير الفتوى بحسب الزمان وأحوال الناس أيضًا:

قد تتغير الفتوى تبعًا لاختلاف أحوال الناس من زمن إلى زمن، فقد يتعير حال الناس غنىً وفقرًا وتختلف نظم حياتهم ومعيشتهم ومأكلهم ومشربهم.

ولذا فرض النبي ﷺ صدقة الفطر صاعًا من تمرًا أو صاعًا من شعير، أو صاعًا من زبيب أو صاعًا من إقط وهذه كانت غالب أقواتهم بالمدينة.

فأما أهل بلد أو محلة قوتهم غير ذلك فإنما عليهم صاع

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٨.

من قوتهم كمن قوتهم الذرة أو الأرز أو التين أو غير ذلك من الحبوب.

فإن كان قوتهم من غير الحبوب كاللبن واللحم، والسمك أخرجوا فطرتهم من قوتهم كائنًا ما كان.

وهذا هو قول جمهور الفقهاء وهو الصواب الذي لا يقال بغيره إذ المقصود سد خلة المساكين يوم العيد ومواساتهم من جنس ما يقتاته أهل بلدهم.

وعلى هذا فيجزئ إخراج الدقيق وإن لم يصح فيه الحديث لقلة المؤنة والكلفة فيه فقد يكون الحب أنفع لهم لطول بقائه وأنه يتأتى منه ما لا يتأتى من الخبز والطعام ولا سيما إذا كثر الخبز والطعام عند المسكين فإنه يفسد ولا يمكن حفظه.

ومن الأمثلة رد المصراه وصاعًا من تمر بدل فيرد الصاع من تمر بدل اللبن ، فقيل هذا حكم عام في جميع الأمصار حتى في المصر الذي لم يسمع أهله بالتمر قط ولا رأوه فيجب إخراج قيمة الصاع من التمر.

وهذا قول أكثر الشافعية والحنابلة.

وجعل هؤلاء التمر في المصراه كالتمر في الزكاة لا يقبل غيره.

وخالفهم آخرون فقالوا بل يخرج صاعًا من قوت بلده.

ومن الأمثلة على تغير الفتوى بسبب تغير أحوال الناس:

جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد واحدة في زمن النبي ﷺ وثلاث في زمن عمر.

فقد كان المطلق في زمن النبي ﷺ وزمن خليفته أبي بكر وصدرًا من خلافة عمر كان إذا جمع الطلقات الثلاث بفم واحد جعلت واحدة كما ثبت ذلك في الصحيح عن ابن عباس أنه قال: " كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرًا من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة . فقال عمر بن الخطاب أن الناس قد استصلحوا في أمر كانت لهم فيه أناه فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم[١].

وروى أيضًا عن أبي الصهباء قال لابن عباس : هات من

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٢٧: ٢٩.

هناتك ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر واحدة فقال : قد كان ذلك ، فلما كان عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازه عليهم، وهنا نرى أن النبي ﷺ قد حمل ذلك على النية والتأكيد ، ولما رأى عمر أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهن ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحرمت عليه حتى تنكح زوجًا غيره نكاح رغبة يراد له الدوام لا نكاح تحليل فإنه كان من أشد الناس فيه فإذا علموا ذلك كفوا عن الطلاق، فرأى عمر أن هذا مصلاحة لهم في زمانه، ورأى أن ما كان عليه رسول الله ﷺ والصديق وصدرًا من خلافة عمر كان الأليق بهم؛ لأنهم لم يتتابعوا فيه وكانوا يتقون الله في الطلاق، وقد جعل الله لكل من إتقاه مخرجًا فلما تركوا تقوى الله وتلاعبوا بكتاب الله وطلقوا على غير ما شرع الله ألزمهم بما التزموه عقوبة لهم(١).

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين.

٤- تغير الفتوى بحسب العرف والعادة

مما تتغير به الفتوى لتغير العرف والعادة موجبات الإيمان والنذور وغيرها.

فمن ذلك أن الحالف إذا حلف لا ركبت دابة وكان في عرفهم في بلدهم لفظ ا لدابة يطلق على الحمار خاصة اختصت يمينه به ولا يحنث بركوب الفرس ولا الجمل.

وإن كان في عرفهم الدابة للفرس خاصة حملت عليه وكذا إذا كان المعروف في البلد السيارات فإنه تحمل على عرف البلد من السيارات فأنه تحمل على عرف البلد من السيارات العامة والخاصة فيفتى في كل بلد بحسب عرف أهله ويفتى كل أحد بحسب عادته.

وإن حلف ألا يحرث الأرض ولا يزرعها وكان من عادته ألا يباشر ذلك بنفسه كالأثرياء فإنه يحنث بالتوكيل في زراعتها.

وإن كان يزرع ويحرث بنفسه فإنه يحنث بالزراعة بنفسه ولا يحنث بالتوكيل أو الإذن لغيره أو زراعة غيره له(١).

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٤٥.

وبيان الأعمال التي تخضع للعادة والعرف على النحو التالي:

١- التوكيل في البيع المطلق فإنه يتقيد بثمن المثل وغالب نقد بلد البيع تنزيلاً للعرف الغالب منزلة صريح اللفظ ، كأن قال للوكيل بع هذا بثمن مثله من نقد البلد إن كان لها نقدًا واحدًا أو من غالب نقد هذه البلد إن كان له نقود.

وكذلك أن يكون الدار سليمة خالية من العيوب وكذلك النقود لاقتضاء العرف ذلك[١].

٢- الإذن في النكاح أو التوكيل فيه فلو أذنت المرأة لوليها أو وكل رجل آخر لتزويج موليته يقتضي ذلك أن يكون إذنا بنكاح الكفء وبمهر المثل ؛ لأن هذا المتبادر إلى الأفهام من خلال العرف.

٣- إذا وكل إنسان في إجارة داره سنة وأجرة مثلها ألف فأجرها بدرهم أو جنبها فإن الإجارة لا تصح ؛ لأن ذلك

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ٢٨٠.

ليس هو المعهود في العرف.

وبالتالي تكون الإيجارات القديمة التي غبنت أصحابها من أنها أصبح العرف في مثلها بألف وألفين وهي مازالت لا تساوي الدرهم والدرهمين.

ولو قال لامرأته أن أعطيتني ألفا فأنت طالق فإن الإعطاء يتقيد بالفورية للعرف.

ولو قال إن شئت فأنت طالق فإن المشيئة تتقيد بالفور تنزيلاً للاقتضاء العرفي منزلة الاقتضاء اللفظي.

٤- إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فإنه يجب إبقاؤها إلى وقت جذاذها والتمكين من سقيها بمائها ؛ لأن هذين مشروطين بالعرف.

٥- حمل الودائع والأمانات على حرز مثلها فلا تحفظ الجواهر والذهب والفضة بإحراز الثياب والأحطاب ، فلو تغيرت الأحراز من بيت إلى بيت أو من بلد إلى بلد فإن المسروق يعتبر مأخوذ من حرز مثله أو لا طبقًا للعرف السائد في المكان.

٦- حمل الصناعات على صناعة المثل في محلها وكذلك الاستئجار على الطبخ والخبز يحمل على

انضاج المثل دون ما تجاوزه أو قصر عنه.

٧- استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة وإذا لم يحدد لهم الأجرة كان الواجب إعطائهم من الأجرة ما جرت به العادة لدلالة العرف على ذلك[(١)].

٨- حمل الألفاظ العربية الحقيقية على مجازها إذا علمت كلفظ الصلاة والزكاة والصيام والحج وحمل لفظ الإخبار على الإنشاء واستعمال الماضي في ألفاظ المعاملات كبعت واشتريت وضمنت ووكلت ووهبت.

٩- حمل الرواتب على أربابها كل واحد ما يستحقه على قدر رتبته ودرجته العلمية في الفقه والتفقه والإعادة والتدريس.

١٠- اندراج الأبنية والأشجار في بيع الدار ولو لم يصرح البائع بذلك بناء عل العرف الغالب فيه.

١١- إذن الإمام للجلاد في جلد الحدود والتعزيرات فإنه

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ٢٨٦.

يحمل على ضرب بين ضربين وسوط بين سوطين وزمان بين زمانين هذا بالنص.

وإذا أمر الإمام بالرجم فإنه يحمل على الرجم بالأحجار المعتادة فلا يجوز بالصخور ولا بالحصيات الصغار.

١٢- إشارة الأخرص المفهومة فهي كصريح المقال وإن كانت غير مفهومة حملت على الكنايات[١].

هذه كلها أحكام تثبت طبقًا للعادة والعرف، العرف يفرض أشياء كالسلامة في المبيع وكونه بثمن المثل ومن نقد البلد، والنضج في الطبخ، والانتهاء من العمل وتوزيع الأجرة على مفردات العمل إلا أنه قد يتغير العرف من زمن لزمن ومن مكان لمكان فيتغير طريقة تنفيذ الحكم الشرعي تبعًا لكل ذلك.

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ٢٨٦.

٥- اختلاف الحكم تبعاً للمقاصد والنيات

يختلف الحكم تبعًا للمقاصد والنيات في الألفاظ وقد رأينا في جميع العقود والتصرفات أن منها ما هو صريح ومنها ما هو كناية وأن الصريح يترتب عليه حكمه دون حاجة إلى النية.

أما الكنايات فإن الحكم الشرعي فيه يتوقف على نية المتكلم ومقصده وقرائن الحال التي يحدث فيها التصرف حتى في الجنيات والحدود فهناك العمد وهناك الخطأ ما ارتكبه الإنسان لغوًا أو هزلاً أو إكراهًا مع أن الفعل واحد إلا أنه يختلف حكمه طبقًا لكل ذلك.

وبالتالي فلا بد من اعتبار المقاصد والنيات في الألفاظ وأنه لا يلتزم بها الإنسان ولا تجري عليه أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصدًا لها مريدًا لموجباتها وكما أنه لا بد أن يكون قاصدًا للتكلم باللفظ مريدًا له فلا بد من إرادتين.

١- إرادة التكلم باللفظ اختيارًا.

٢- إرادة موجبه ومقتضاه.

بل إرادة المعنى آكد من إرادة اللفظ فإنه المقصود واللفظ

وسيلة هو قول أئمة الفتوى من علماء الإسلام[١].

والأمثلة على ذلك على النحو التالي:

فقال الإمام مالك وأحمد فيمن قال لامرأته أنت طالق البته وهو يريد أنه يحلف على شيء ثم بدا له ترك اليمين لا يلزمه شيء؛ لأنه لم يرد أن يطلقها وكذلك قال أصحاب أحمد.

وقال أبو حنيفة من أراد أن يقول كلامًا فسبق لسانه فقال كلامًا آخر كمن قال لامرأته أنت حرة لم تكن بذلك حرة ، ولذلك قالوا لو أنه قام الإنسان يصلي الظهر فسبق لسانه وقال نويت أصلي العصر فلا يؤثر ذلك في صحة النية ولا يلزمه حكما شرعًا بناء على سبق لسانه.

وقال أصحاب أحمد: لو قال الأعجمي لامرأته أنت طالق وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة لم تتطلق ؛ لأنه ليس مختارًا في الطلاق فلم يقع طلاقه.

وقاسو ذلك على المكره أنه تلفظ بالطلاق ولم يقصد معناه ، فالأئمة الثلاثة على أنه لا يؤاخذ بمقتضاه وقالوا فلو نوى موجبه

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٥٥.

عند أهل العربية لم يقع أيضًا؛ لأنه لا يصح منه اختيار ما لا يعلمه.

وكذلك من نطق بكلمة الكفر مكرهًا فلم يؤاخذ بها قال تعالى: ﴿إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بالإيمانِ﴾(١).

وقالوا أيضًا في العربية لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها فلم يكفر.

وفي مصنف وكيع أن عمر بن الخطاب قضى في امرأة قالت لزوجها سمني فسماها الطيبة فقالت لا فقال لها ما تريدين أن أسميك قالت سمني خلية طالق، فقال لها: فأنت خلية طالق. فأتت عمر بن الخطاب فقالت إن زوجي طلقني فجاء زوجها فقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها وقال لزوجها خذ بيدها وأوجع رأسها.

يقول الشيخ ابن القيم ، وهذا هو الفقه الحي الذي يدخل القلوب بغير استئذان وإن تلفظ بصريح الطلاق وقد تقدم أن الذي قال لما وجد راحلته اللهم أنت عبدي وأنا ربك أخطأ من شدة

---

(١) من الآية ١٠٦ من سورة النحل.

الفرح ولم يكفر بذلك وإن أتى بصريح الكفر ولم يكفر لعدم إرادته[١].

بخلاف المستهزئ والهازل فإنه يلزمه الطلاق ويلزمه الكفر وإن كان هازلاً لا لأنه قاصد للتكلم باللفظ وهزله لا يكون عذرًا له لقوله ﷺ: " ثلاث هزلهن جد الطلاق والعتاق والرجعة) بخلاف المكره والمخطئ والناس فإنه معذور مأمور بما يقوله أو مأذون له فيه.

والهازل غير مأذون له بالهزل بكلمة الكفر.

اشتراط النية في العقود:

والعقود لا بد أن يتكلم الشخص باللفظ مريدًا له لفظًا صريحًا في التعاقد أو كناية مع النية حتى ينعقد التصرف ولم يصرف اللفظ عن معناه إكراه ولا خطأ لقوله ﷺ: " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

وكذا لا يكون جاهلاً لمعنى اللفظ والهزل لم يجعله الله ورسوله عذرًا صارفًا عن العقوبة بل صاحبه أحق بالعقوبة.

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٥٥.

والدليل على ذلك أن الله عز وجل عذر المكره في النطق بكلمه الكفر إذا كان قلبه مطمئن بالإيمان ولم يعذر الهازل بل قال: ﴿ وَلَئِن سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنتُمْ تَسْتَهْزِءُونَ * لاَ تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ ﴾[(١)].

وكذا رفع المؤاخذة عن المخطئ والناس.

وبذلك يتبين تغير الفتوى من شخص لآخر طبقًا لقصده ونيته [(٢)].

أمثلة على تغير الفتوى طبقًا للنيات:

أولاً الاستثناء في اليمين:

ومن ذلك أنه لو قال: أنت طالق ، وقال أردت إن كلمت رجلاً أو خرجت من داري لم يقع الطلاق في أحد الوجهين لأصحاب أحمد والشافعي.

وكذلك لو قال: أردت إن شاء الله ففيه وجهان لهم .

---

(١) الآية ٦٥، ومن الآية ٦٦ من سورة التوبة.

(٢) أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٥٦.

ونص الشافعي فيما لو قال إن كلمت زيدًا فأنت ثم قال أردت به إلى شهر كلمه بعد شهر لم تطلق باطنا.

ولا فرق في هذه الصورة والصورتين اللتين قبلها فإن التقييد بالغاية المنوية كالتقييد بالمشيئة المنوية وهو أولى بالجواز من تخصيص العام بالنية.

وكما لو قال: نسائي طوالق واستثنى بقلبه واحده منهن فإنه إذا صح الاستثناء بالنية في إخراج ما يتناوله اللفظ صح التعيين بالنية بطريق الأولى فإن اللفظ لا دلالة له بوضعه على عموم الأحوال والأزمان وإنما يتعين بالنية من باب استعمال العام في الخاص والمطلق في المقيد وهذا جائز لغة وشرعًا وعرفًا.

وقد قال النبي ﷺ: " أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو الجهم فضراب للنساء، والصواب قبول مثل هذا فيما بينه وبين الله وفي الحكم أيضًا.

ثانيًا: من الأمثلة أيضًا في الطلاق:

قول القائل إن فعل كذا وكذا فأنت طالق.

والثانية الطلاق يلزمني لا أفعل كذا.

وهكذا الحلف بالحرام له صيغتان أحدهما إن فعلت كذا فأنت عليّ حرام ، أو ما أحل الله على حرام ، والثانية الحرام يلزمني لا أفعل كذا.

فمن قال في الطلاق يلزمني أنه ليس بصريح ولا كناية ولا يقع به شيء ، وفي الحرام يلزمني أولى[١].

٦- تغير الفتوى تبعًا للمصلحة:

المصلحة لها أثر في تغير الفتوى والمقصود هنا بالمصلحة هي المرسلة؛ **لأن المصلحة باعتبار الحكم الشرعي على ثلاثة أقسام:**

١- **المصلحة المعتبرة شرعًا:** وهي التي تضافرت الأدلة على رعايتها فهي حجة صحيحة لا خلاف بين أهل العمل على إعمالها وذلك كأن ينص الشارع على حكم يجعل مناط الحكم تحقيق مصلحة ما أو دفع مفسدة ما.

٢- **المصالح الملغاة شرعًا:** وهي المصالح التي شهد الشارع

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٣ ص ٥٦.

بردها وإقامة الأدلة على إلغائها وهذا النوع من المصالح لا سبيل لقبوله ولا خلاف في إهماله عند الجميع.

٣- **المصالح المرسلة:** وهي التي لم يقم دليل في الشرع على اعتبار ولا على إلغائها وسيمت مرسلة ؛ لأن الشارع أرسلها فلم يقيدها لا باعتبار ولا بإلغاء.

وغالبًا ما تستعمل المصلحة في باب السياسة الشرعية من إمام المسلمين المجتهد كما كان يفعله الخلفاء الراشدون وخاصة الخليفة عمر بن الخطاب ﵁.

ومما يذكر في هذا الباب:

ثالثا: أمثلة تغير الأحكام بسبب تطورات العصر:

قد تتغير الأحكام بسبب تغير الأوضاع وتطورات الوسائل والتنظيمات المستجدة المحققة لأهداف الحكم الشرعي ولذلك ففي بدئ الدعوى الإسلامية ثبت نهي النبي ﷺ عن كتابة الحديث النبوي أو تدوينه كيلا يختلط الحديث بالقرآن الكريم، خرج مسلم في صحيحه عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: " **لا تكتبوا عني ومن كتب عني غير القرآن فليمحه** "، فتناقل الصحابة رضوان الله عليهم السنة شفاها وحفظا ثم لما أمن النبي ﷺ من اختلاط القرآن بالحديث أذن في الكتابة.

وروى الدارمي في سننه عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ أذن له بكتابة الحديث قائلا: " **اكتب فوالذي نفسي بيده ما يخرج منه إلا حق " أي ما خرج من فمه إلا حق** [١].

وبدأ تدوين السنة بعد ذلك بأمر من الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه خوفا من ضياع السنة بموت حفظتها ولتنقيتها من الدخيل.

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج٣ صـ٤١، فتح القدير ج٦ صـ١٥٧، المدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى الزرقاء صـ٥٤١ : ٥٥٥.

ومنها توثيق عقد الزواج والعقارات في السجلات الخاصة بالدولة وهذا بسبب التطور وفساد الزمان [(١)].

المعروف عرفا كالمشروط شرطا:

وهذه القواعد ورد لها عدة صيغ في كتب الفقه منها " الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي " – " المعروف عرفا كالمشروط " – " الثابت بالعرف كالثابت بالنص " – " المعروف كالمشروط باللفظ ".

ومعناها أن العادة تكون بمثابة الشرط والشرع في النزاع فتكون كما لو كانت شرطا وذكر في صلب العقد.

وقد مثل الفقهاء لذلك بما لو اشترى الرجل بقرة ثم أراد أن يردها بحجة أنها غير حلوب فتنازع وصاحب البقرة وحينئذ ننظر إذا كان عادة المشتري أن يشتري للذبح كأن يكون قصابا فلا ترد البقرة وإن كان فلاحا فإنها ترد.

وكذا لو ترك راعي القرية المواشي على رأس زقاق القرية معتادا لذلك ثم هي تتفرق إلى دور أصحابها فتلفت إحداها بعد ذلك لا يضمن فإن لم يكن معتادا تركها فإنه يضمن وذلك لأن

---

(١) بحث للدكتور وهبة الزحيلي نشر في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية دولة الإمارات العربية المتحدة صـ٤٥ العدد الخامس ١٩٩٢م، المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء صـ٥٤١ : ٥٥٥

الأحكام للقرافي صـ٦٧ : ٦٨، إغاثة اللهفان لابن القيم الجوزية صـ٣٤٦.

العادة تعد شرطا وحكما في النزاع [١].

التعيين بالعرف كالتعيين بالنص:

وهذه القاعدة معناها هو نفس معنى القاعدة السابقة عليها

ويلحق بهذه القاعدة الإعارة المطلقة المقيدة بالعادة والعرف فإنه يكون العرف فيها بمثابة شرط أو نص ذكر في عقد ومثلوا لذلك بما لو أعار شخص لآخر دابة إعارة مطلقة فإنه لا يجوز للمستعير أن يركبها أو يحمل عليها غير المعتاد المتعارف بين الناس فلو حملها حديدا أو سلك بها طريقا وعرا وكان تحميل الحديد وسلوك الطريق غير معتادا يضمن.

وكذلك لو استعار ثوبا فليس له أن يلبسه غيره ممن هو أضخم منه.

وكذلك من استأجر شقة للسكن فليس له أن يسكن فيها قصارا أو قصابا.

وذلك لأن العادة في استعمال الشيء للسكن ليس كاستعمال القصار والقصاب [٢].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية صـ٤٦

قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج١ صـ٢٨٠.

(٢) مجلة الأحكام العدلية صـ٤٦.

الأحكام الفقهية المبنية على العادة

١ – " كراهة الأكل في الإناء المصنوع من الصفر "

قال القزويني: اعتياد ذلك يتولد منه أمراض لا دواء لها والصفر كما ورد تفسيره في اللغة هو إناء الذهب وقيل هو النحاس الأصفر " (١).

وقد ورد عن النبي ﷺ : " **لا تأكلوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها** ".

٢ – " الكبر والصفر في الضبة "

والضبة في أصل الاستعمال هي أن ينكسر الإناء فيوضع على موضع الكسر نحاس أو ذهب أو فضة لتمسكه ثم توسع الفقهاء فأطلقوه على ما يلصق في الإناء لتحليته به.

وهذه الضبة فقد ذكر العلماء أنها إن كانت كبيرة من ذهب أو فضة فهي حرام أي يحرم استعمال الإناء وفيه هذه الضبة وإن كانت صغيرة إنما هي جائزة مع الكراهة في الأصح من مذهب الشافعي ومقابله أنها جائزة بلا كراهة.

---

(١) مغني المحتاج ج١ صـ١٣٦، المعجم الوجيز ج١ صـ٣٦٦.

ومرجع الكبر والصغر مبني على العادة والعرف – فما اعتاده الناس كبيرا فهو كبير وما اعتاده الناس صغيرا فهو صغير[(١)].

٣ – أقل الحيض وأكثره

فقد ذكر الفقهاء أن أقل الحيض زمنا يوم وليلة وأكثره خمسة عشر يوما بلياليها وإن لم تتصل الدماء وأوسطه سبعة أيام.

وأقل طهر بين الحيضتين زمنا خمسة عشر يوما – وذلك لأن الشهر حيض وطهر وإذا كان أكثر الحيض خمسة عشر يوما لزم أن يكون أقل الطهر هكذا.

وأقل سن تحيض فيه المرأة هو تسع سنين قمرية أي بالشهور العربية وكل من سن الحيض وزمنه وأقله لم يرد به ضابطا في الشرع وإنما عرف من الاستقراء لعادات النساء [(٢)].

٤ – اعتبار العقل في التكليف

فقد اتفق العلماء على أن مناط التكليف هو البلوغ والعقل

---

(١) وقيل الكبيرة ما تستوعب جانبا من الإناء وقيل الكبيرة ما كانت جزءا كاملا كشفة أو أذن والصغيرة دون ذلك. مغني المحتاج ج١ صـ١٣٨.

(٢) مغني المحتاج ج١ صـ٢٤٠.

وذلك لحديث النبي ﷺ : " **رفع القلم عن ثلاثة الصبي حتى يبلغ والنائم حتى يستيقظ والمجنون حتى يفيق** " [١].

ورفع القلم أي رفع التكليف فيكون بداية التكليف من البلوغ والعقل.

وسن البلوغ ليس له تحديد في الشرع وإنما هو في البلاد المعتدلة ما بين الرابعة عشر والخامسة عشر وفي البلاد الحارة يصل إلى الحادية عشر والثانية عشر بينما يتأخر في البلاد الباردة إلى سن الثامنة عشر وهذا التحديد لا حد له في الشرع وإنما أخذ من عادات الناس في هذه البلاد.

وكذلك ثبوت العقل في التكليف فإنه يعرف بأنه إذا بلغ الشخص وكانت تصرفاته على المعتاد من العقلاء فيعد عاقلا وإلا بأن بلغ وخالفت تصرفاته الحد المعروف بين العقلاء فلا يعد عاقلا ولا يكن مكلفا [٢].

---

(١) شرح البذخشي ج١ صـ٢٨٠.

(٢) تيسير التحرير ج١ صـ٢٥٩.

٥ – حد القلة والكثرة في الأفعال المنافية للصلاة

والأفعال في الصلاة بيانها كما يلي:

إما أن يكون ما يفعله المصلي من جنس الصلاة كزيادة ركوع أو سجود أو نقص ذلك أو أن يفعل شيئا غير الصلاة كالكلام والحركة والضرب وخلافه.

وقالوا إذا كان ما فعله المصلي شيئا منها فإن كان عمدا تبطل به الصلاة وإن كان سهوا لا تبطل به الصلاة. فإن كان ما فعله هو شيء خارج عن الصلاة كالحركة والمشي والضرب فقالوا أن القليل منه غير مبطل للصلاة والكثير منه مبطل لها وحد القلة والكثرة مرجعه إلى العادة فما اعتاده الناس قليل فهو لا يفسد الصلاة وما اعتادوه كثيرا يفسد الصلاة ومثلوا للقلة بالخطوة والكثرة بالخطوتين أو الوثبة [١].

٦ – جواز صوم يوم الشك لمن وافق عادة صومه [٢].

ويوم الشك هو يوم الثلاثين من شعبان وصومه حرام

---

(١) مغني المحتاج ج٤ صـ٢٤٠.

(٢) مغني المحتاج ج١ صـ٤١٨، قليوبي وعميرة ج١ صـ١٩٤.

لحديث النبي ﷺ : " **من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم** " (١).

هذا إذا صامه بغير سبب فإن صامه بسبب كقضاء يوم فاته أو نذر فجائز كذلك يجوز صومه لمن وافق يوم الشك عادة تطوعه وذلك كأن اعتاد صوم الاثنين أو الاثنين والخميس من كل أسبوع ووافق ذلك يوم الشك فإنه يجوز له صومه وذلك لحديث النبي ﷺ: " **لا تقدموا صوم رمضان بصوم يوم أو اثنين إلا رجلا كان يصوم صوما فليصمه** " (٢).

٧ – تصحيح البيع بالمعاطاة

الأصل في البيع أن يكون بإيجاب وقبول؛ إيجاب من البائع قبول من المشتري والإيجاب والقبول هو ما يصدر من المتعاقدان للدلالة على الرضا إلا أنه قد وجدت صورة أخرى للبيع تعارف عليها المسلمون في أسواقهم منذ عهد النبي ﷺ وتعاملوا بها من غير نكير.

وهذه المعاطات قد صححها فقهاء المالكية مطلقا والأحناف والمتأخرون من الشافعية في الأشياء الخسيسة دون النفسية.

---

(١) الحديث رواه أبو داود في سننه ج٢ صـ٣٠٠ باب كراهية صوم يوم الشك.

(٢) الحديث رواه أبو داو في سننه ج٢ صـ٣١٠ فيمن يصل شعبان برمضان.

وصورة المعاطاة هي أن يدفع الرجل الثمن ويأخذ السلعة من أن يتلفظ أحدهما بإيجاب أو بقبول [١].

٨ – اعتبار الفورية في الرد بالعيب

من المعلوم عرفا وعادة أن من اشترى شيئا فإنه يلزم أن يكون ذلك المبيع سليما خاليا من العيوب فإن كان به عيبا وجب أن يبينه البائع للمشتري وذلك منها من الغش والغبن وقد ثبت أن النبي ﷺ كان في سوق المدينة فوجد رجلا يبيع صبرة من طعام فمد النبي ﷺ يده فأصابها بلا فقال النبي ﷺ : " **ما هذا يا صاحب الطعام ؟" قال: أصابته السماء. فقال: " هلا بينته ليراه الناس من غشنا فليس منا "** [٢].

ولذلك فقد جعل الشرع لمن اشترى شيئا معيبا الخيار في إمساك ذلك المبيع مع عيبه أو رده واسترداد كل ما دفعه من ثمن ويكون الرد على الفور باتفاق الفقهاء ومرجع الفورية لا حد له في الشرع وإنما يؤخذ من العرف وقالوا في الرد أنه إذا عمله المشتري وهو يأكل ينتظر حتى يتم أكله إذا عمله ليلا ينتظر حتى الصباح وهكذا ... [٣].

---

(١) مغني المحتاج ج٢ صـ١٦٣.

(٢) الحديث رواه أبو داود في سننه ج٣ صـ٢٧٠ باب النهي عن الغش.

(٣) مغني المحتاج ج٣ صـ٣٠.

٩ – هدية المقترض للمقرض

من المعلوم أن القرض شرع لأجل التنفيس والتفريج عن المكروبين وذوي الحاجات ولذلك فقد اتفق الفقهاء على حرمة رد هذا القرض مع زيادة فيه وذلك لحديث النبي ﷺ : **" كل قرض جر فهو ربا "**.

ومن هذا النفع ما قد يعطيه المقترض للمقرض على سبيل الهدية وهذه الهدية إن ذكرت في صلب العقد فقد اتفق الفقهاء على أنها حرام لأنها تعد ربا صريح.

فإن لم تذكر في صلب العقد فإن جرت بها عادة بين المقترض والمقرض فهذا جائز أو وجدت لها مناسبة كقدوم من سفر أو نجاح ابن أو شفاء من مرض فكذلك فإن لم تجر بها عادة ولم توجد لها مناسبة فتكون حراما.

١٠ – ما يلزم بعقد الإجارة

فقد ذهب الفقهاء إلى أن المؤجر يلزمه تسليم المستأجر ما جرت العادة به من تسليم مفتاح المنزل لأنه لا يمكن الانتفاع بالدار إلا به وإصلاح ما بالدار من تهدم وكسح الثلج من على السطح وعلى المستأجر بعد سكنه كسحه من وسط الدار وعلى

المؤجر أيضا في إجارة الدابة إحضار ما جرت به العادة أيضا من الأكاف والوكاف وحزام وثغر وخطام وبرة [١].

وعليه أيضا الخروج من الدابة لصونها ولجريان العادة بذلك وعليه أيضا إعانة الراكب في ركوبه ونزله بما جرت العادة فينيخ الدابة للنساء ويقرب الدابة من مكان مرتفع ليسهل النزول كل ذلك يراعي فيه ما جرت به العادة.

١١ – قبول الهدية للقاضي

من المعلوم أن الهدية بالنسبة للقاضي والحكام والأمراء وأصحاب المصالح منهي عنها وذلك لأن المقصود منها غالبا هو تحقيق المصالح والجور في الحكم بالنسبة للقضاة وحصول الخصوم على حقوق ليست حقا لهم.

---

(١) الأكاف: البرزعة

الوكاف: ما يضع تحت البرزعة

الخطام: الزمام وهو ما يوضع على خطم الجمل ليقاد به، والخطم هو الأنف (المعجم الوجيز ضـ٢٠٤)

البرة: حلقة من نحاس أو صفر توضع في جانبي أنف البعير للتذليل

الثغر: ما يوضع تحت ذنب الناقة

– مجمع الأنهر ج٢ صـ٣٧٠، مواهب الجليل ج٥ صـ٣٨٥، كشاف القناع ج٣ صـ٣٤٧.

وقد ثبت أن النبي ﷺ قال ما معناه: " **ما بال الرجل يقول هذا لكم وهذا أهدي لي هلا قعد أحدكم في بيت أبيه وأمه ثم ينظهر هل يهدى له أم لا** ".

وقد ثبت أن رجلا كان يهدي لأمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه عنه كل عام فخذ جزور فخاصم إليه يوما رجلا فقال له: يا أمير المؤمنين [١]. افصل لي قضاء فصلا كما يفصل الفخذ من الجزور.

وقبول الهدية للقاضي من الأمور التي بنى الفقهاء حكمها على العادة والعرف.

فقالوا أن المهدى للقاضي إما أن تكن له خصومة أو لا يكون له خصومة عند القاضي فإن كانت له خصومة عند القاضي فلا يجوز قبول هديته لأنها تعد رشوة لأجل المحاباة والجور في الحكم سواءً أكان المهدي قريبا أو أجنبيا.

أما إذا لم يكن للمهدي خصومة عند القاضي فإما أن يكون قد اعتاد أن يهدي له قبل توليه القضاء أو لا يكون قد اعتاد أن

---

(١) مغني المحتاج ج٤ صـ١٢٠

مغني المحتاج ج٣ صـ٣٠.

يهدي للقاضي قبل توليه القضاء.

فإن كان قد اعتاد أن يهدي له قبل توليه القضاء فننظر إن زادت الهدية عما هو معتاد فلا تقبل لأنها تحولت من هدية إلى رشوة وإن لم تكن قد زادت فتقبل فإن لم يكن الشخص قد اعتاد أن يهدي للقاضي قبل توليه [١]. القضاء فلا تقبل الهدية.

١٢ – ثبوت العدالة للقاضي والشاهد [٢].

وثبوت عدالة القاضي والشاهد إنما يكون من المعتاد من تصرفات القاضي والشاهد الظاهرة وذلك لأن الله تعالى ورسوله قد طلبا اعتبار العدالة فيها لقوله تعالى: ﴿ **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾[٣].

وقوله تعالى: ﴿ **مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ﴾ [٤].

ولم يبين الله تعالى ورسوله حد اعتبار الشخص عدلا.

ولذلك كان معرفة الشخص عدلا أو لا إنما هو ن سلوكه

---

(١) أخبار القضاء لوكيع صـ٥٦.

(٢) مغني المحتاج ج٤ صـ٣٨٩

بلغة السالك ج٢ صـ١٢٠.

(٣) سورة الطلاق الآية ٢.

(٤) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

المعتاد الظاهر للناس فإن كان سلوكا دينيا تقيا كان صاحبه عدلاً وإن كان فاسقا أو مرتكبا لكبيرة فليس بعدل [١].

١٣ – اعتبار العادة في سقي الدواب من الجداول

من المعلوم أن سقي الدواب من الجداول يرجع لعادات الناس فيسقون من هذا الجدول دون غيره ومن هذا المكان دون غيره من غير إذن صاحب المكان وذلك لأنه يعتبر عادة الناس بمثابة الإذن من صاحب الجدول.

١٤ – اعتبار الحرز في السرقة

من المعلوم أن من شروط القطع في السرقة أن يكون المال المسروق من حرز مثله وحد الحرز يرجع لعادات أهل البلد فقد اعتاد الناس أن يكون للنقود حرز وللغلال حرز وللأنعام حرزا وعلى ذلك فما اعتاده المسلمون حرز تقطع يد السارق إذا أخذ المسروق منه، وما لم يعتاده الناس حرزا فلا حد بالسرقة منه [٢].

---

(١) مغني المحتاج ج٤ صـ٤٠٣

الحاوي الكبير للماوردي شرح مختصر المزني ج١٦ صـ١٨٢.

(٢) مذكرة الشيخ جاد الرب.

الكتاب الثاني

قواعد يتخرج عليها ما لا ينحصر

من الصور الجزئية

قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية

وهنا بيان للنوع الثاني من القواعد:

وهو تقسيم الإمام السيوطي من الشافعية وابن نجيم الحنفي.

القاعدة الأولى:

الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

أولاً: الاجتهاد لغة التحري:

الاجتهاد هو: بذل الوسع في إدراك حكم شرعي من دليل شرعي، والاجتهاد إنما يكون في المسائل التي لا نص فيها من كتاب أو سنة أو إجماع، فحينئذ يجوز للعالم والفقيه أن يجتهد ويخرج حكمًا في هذه المسألة والدليل عليه؟

قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ لِيَنفِرُواْ كَآفَّةًۚ فَلَوۡلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرۡقَةٍ مِّنۡهُمۡ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي ٱلدِّينِ ...﴾[(١)].

وقد أذن فيه النبي ﷺ حينا بعث معاذ بن جبل إلى أهل اليمن فقال له: " بما تقض إذا عرض لك قضاء؟ قال: بكتاب

---

(١) من الآية رقم ١٢٢ من سورة التوبة.

الله، قال فإن لم تجد قال فبسنة رسول الله، قال فإن لم تجد، قال أجتهد رأي ولا ألو أي لا أجور، فضرب بيده على صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولُ الله لما يحبه الله ورسوله"، وبالتالي فالاجتهاد مأمور به شرعًا فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة أو إجماع.

معنى القاعدة:

أنه لو أجتهد المجتهد في مسألة من المسائل الشرعية وعمل باجتهاد أي حكم بموجب ذلك الاجتهاد ثم بدا له رأي آخر فعدل عن هذا الاجتهاد الأول في مسألة أخرى مشابهة للأولى فلا ينقض اجتهاده الثاني الناشئ عن الاجتهاد الأول، وكذا لو حكم مجتهد في مسألة بموجب اجتهاده ثم حكم مجتهد ثان في تلك المسألة نفسها وكان رأي الثاني مخالفًا لرأي واجتهاد ا لمجتهد الأول فلا ينقض الحكم المستند على الاجتهاد الأول وهذه ولعل الحكمة من عدم نقض الاجتهاد بالاجتهاد هو أن الاجتهاد من الظنيات ولا مجال له في القطعيات وبالتالي فلو اجتهد حنفي ووصل إلى حكم فلا يجوز للشافعي أن ينقضه؛ لأن الظنون لا تناقض ولا تتعارض وليس لأحد الظنين مزية على الآخر ما لم يكن لأحدهما دليل.

الدليل على هذه القاعدة:

١- قد حكم أبو بكر رضي الله عنه في مسائل وخالفه فيها عمر رضي الله عنه فيها ولم ينقص حكم عمر.

٢- قد صح أن عمر رضي الله عنه لما كثر اشتغاله قلد القضاء أبا الدرداء واختصم إليه رجلان فقضى لأحدهما ثم أتى المقضي عليه عمر- رضي الله عنه فسأله عن حاله فقال: عليَّ فقال لو كنت أنا مكانه لأقضيت لك فقال له : ما يمنعك عن القضاء فقال له: ليس هناك نص والرأي مشترك يعني لا مزية لأحد الرأيين على الآخر.

٣- فقد حكم عمر رضي الله عنه في المشركة وهو أوضح الأدلة على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد والمشركة مسألة من مسائل الميراث المشهورة وهي إنه توفيت امرأة وتركت: زوج – أم- أخوة لأم- أخوة أشقاء. فقضى عمر للزوج بالنصف لوجود الدليل ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ﴾، وللأم بالسدس للدليل: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾

والإخوة لأم لهم الثلث للدليل: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ ﴾، وتبقى الأخوة الأشقاء لم يعطيهم شيء لأنهم عصبة العصبات يأخذون الباقي بعد أصحاب الفروض وقضى في هذا العام بهذه الكيفية.

فلما كان العام الذي يليه توفيت امرأة أخرى وتركت زوجًا وأمًا وأخوة لأم وأخوة أشقاء فصار أهل هذه المسألة وهم الأخوة الأشقاء الذين لم يتبقى لهم شيء يتجادلون ويسألون جميع الصحابة ؛ لأن الأخوة الأشقاء هم الأقرب وقد ازدادوا بقرابة الأب وقالوا لعمر هب أن أبانا حجر ألقي في اليم أليست أمنا واحدة"؟ فاجتهد عمر فأشرك الأخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث الخاص بالإخوة لأم يتوارثون للذكر مثل الأنثى أي على قاعدة توريث الإخوة لأم ولم يرجع عمر عن قضائه في المسألة الأولى أنه لا ميراث للأشقاء، وقال هذه على ما نقضي وتلك على ما قضينا ووافقته الأمة ولم ينقض اجتهاده الأول باجتهاد الثاني.

٤- إن نقض الاجتهاد بالاجتهاد يؤدي إلى أنه لا يستقر حكم وفيه مشقة شديدة.

٥- أنا أبا بكر رضي الله عنه كان يسوي في العطايا من بيت المال وكان يقول هذه حظوظ الدنيا، أما في الآخرة فلا أحاسبهم عليها.

ولما جاء عمر رضي الله عنه قال: والله لا أسوي بين من قاتل رسول الله ﷺ وبين من قاتل مع رسول الله ولا بين من له السبق في الإسلام وبين من هو طارئ، ومع ذلك لم ينقض ما كان عليه أبو بكر ولم يسترد ما أعطاه أبو بكر لهم ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

٦- أن الصحابة قضوا في الجد بقضايا مختلفة فقضوا في الحكم الأول بتنزيل الجد منزلة الأب وحجب الأخوة وانتهى الحكم إلى ذلك وفي حكم آخر للجد السدس مع الإخوة وفي قضاء ثالث قاسمهم الجد واستقر أمرهم على ذلك ولم ينقض قضاء منهم الآخر ولا أنكر بعضهم على بعض الاجتهاد.

الدليل العقلي: على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد أن الاجتهاد ا لثاني ليس بأقوى من الاجتهاد الأول؛ لأن كل منهما

مبني على الظن وليس بأحد الظنين أقوى من الآخر وأنه يؤدي إلى أنه لا يستقر حكم من الأحكام وفي ذلك من المشقة ما فيه.

هل كل اجتهاد لا ينقض بالاجتهاد:

اتفق الفقهاء على أن الحكم الذي ثبت بالاجتهاد الأول لا ينقض بالاجتهاد الثاني؛ لأن كل منهما مبني على الظن مع احتمال الخطأ وليس لأحد الظنين رجحان على الآخر هذا إذا لم يتبين خطأ الاجتهاد الآخر بالدليل ، أما إذا تبين خطوه بأن ظهر أنه مخالف لنص أو إجماع أو قياس فإنه ينقض الاجتهاد بالاجتهاد.

ويفهم من هذه القاعدة أن لا يجوز إلغاء الأحكام التي يصدرها حاكم من حاكم آخر، كما أنه ليس للحاكم الواحد أن يرجع عن الحكم الذي أصدره إلا أنه يجوز للحاكم كما يجوز للمجتهد أن يجتهد في المسألة الثانية اجتهادًا مخالفًا وأن يعطي أحكامًا وآراء مخالفة لحكم سابق كما فعل عمر في المسألة الحجرية.

وأنه إذا وجد اجتهادات في مسألة فلا ينقض أحدهما بالآخر إلا أنه الأولى العمل بالاجتهاد الثاني؛ لأنه نظر جديد متصل بالحادث.

شروط المجتهد:

أولاً: ليس كل من له اتصال بالعلم أو البحث يكون مجتهدًا ويؤخذ عنه الحكم للمسلمين ولكن يشترط في المجتهد ما يلي:

١- العلم بالكتاب الكريم فيعلم آيات الأحكام والعام والخاص والمجمل والمبين والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ حتى لا يفتى بالمنسوخ مع وجود الناسخ.

٢- العلم بالسنة النبوية المتواترة والآحاد والحسن والضعيف وحال الرواة قوة وضعفًا والناسخ والمسنوخ منها.

٣- معرفة المسائل المُجمع عليها حتى لا يفتى بخلاف ما أجمع عليه المسلمون.

٤- أن يكون عالمًا باللغة العربية والقراءات للقرآن والإعراب والبناء وهكذا.

هذه الشروط إلى جانب علمه بالقياس وبالأدلة المختلفة من الاستحسان والعرف وسد الذرائع ... الخ.

فروع هذه القاعدة:

١- لو تغير اجتهاده في القبلة عمل بالثاني حتى لو صلى أربع ركعات إلى أربع جهات بالاجتهاد فلا قضاء.

ومعنـى ذلـك أنـه لـو كـان فـي الصـحراء وجبـت عليـه الصلاة ولم يوجد معه بوصلة فتوجه إلى جهة وصلى ركعة وبعدها ترجح لديه أن الجهة الأخرى هي الأولى فتوجـه إليها وصلى أربعة ركعات إلى أربـع جهات؛ لأنهـا كلهـا كانـت بالاجتهـاد والاجتهـاد لا يـنقض بالاجتهاد.

٢- لـو اجتهد فظـن طهارة أحد الإنـاءين فاستعمله وترك الآخر ثم تغير ظنه لا يعمل بالثاني، بل يتيمم ومعنى ذلك أنه إذا اراد شخص أن يتوضأ وكان أمامه إناءان فيهما ماء ورأى بجوارهما كلبًا أو شيئًا نجسًا وظن أن الإنـاءين قد ولـغ فيهما الكلب فاجتهد وظـن طهارة أحدهما وتوضأ منه وترك الآخر يظنه نجسًا وصلى الظهر به مثلاً وفي صلاة العصر تغير اجتهاده وظن الطاهر نجسًا، والنجس طاهرًا عليه ألا يعمل بالاجتهاد الثاني ويريق الماءين ويتيمم ؛ لأننا لو عملنا بالاجتهاد الثاني لنقضنا اجتهادًا باجتهاد.

٣- ومنها ما لو حكم الحاكم برد شهادة الفاسق ثم تاب وأعادها لم تقبل وعلله بعضهم بأنه يمكن التعليل بأن

قبولها في الحادثة بعد ردها فيه محل تهمة بالنسبة للحاكم، فالرد لسد باب التهمة وحسم مادة إساءة الظن به.

٤- لو حكم الحاكم بشيء ثم تغير اجتهاده لا ينقض الأول ويحكم في المستقبل بما رآه وقد رأينا ذلك واضحًا جليًا في حكم سيدنا عمر في مسألة المشركة، ولذلك أمثلة منها حصول الفرقة باللعان بأكثر الكلمات الخمس ومعناه إذا قضى من يرى صحة اللعان بحصول الفرقة بأكثر الكلمات الخمس بين الزوجين فلا يجوز للشافعي الذي يرى لزوم تمام اللعان أن ينقض ذلك الاجتهاد ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

٥- ومنها ما لو ألحق القائف مجهول النسب بأحد المتداعيين ثم رجع وألحقه بالآخر لم يقبل وبيان ذلك: القيافة لغة: تتبع الأثر والقائف هو ملحق النسب وهو نوع من الفراسة ودليله الشرعي هو أن النبي ﷺ دخل على عائشة تبرق أسارير وجهه وذلك حين قال القائف هذه الأقدام بعضها من بعض وهي أقدام زيد ابن حارثة وأسامة بن زيد وكانت قريش طعنوا في نسب

أسامة لزيد، والثاني لو اختلف اثنان في طفل وكان واحد منهما يدعي أنه ابنه وجاء القائف وألحقه بأحدهما ثم رجع وألحقه بالآخر فلا يقبل ؛ لأن يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد.

٦- كذلك ما لو ألحق القائف الطفل بأحد المتداعيين، ثم جاء آخر وألحقه بالآخر فلا يقبل ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

٧- ومن أمثلة القاعدة تصحيح النكاح بلا ولي أو بشاهدين فاسقين وبيع أم الولد وثبوت الرضاع بعد الحولين وصحة نكاح الشغار والمتعة وقتل الوالد الولد والسحر بالعبد.

٨- وكذا لو خالع زوجته ثلاثًا ثم تزوجها الرابعة بلا محلل لاعتقاده أن الخلع فسخ ثم تغير اجتهاده وهو معها بذلك النكاح والمختار وجوب المفارقة لما يلزم في إمساكها من الوطء الحرام لعدم نقض الاجتهاد بالاجتهاد.

الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد الماضي ولكن يغير الحكم في المستقبل لانتفاء الترجيح الآن ولهذا يعمل بالاجتهاد الثاني في

القبلة ولا ينقض ما مضى أي لا يلزم إعادة الصلاة التي صلاها على الاجتهاد السابق.

مستثنيات هذه القاعدة:

١- للإمام الحِمَى ولو أراد من بعده نقضه فله ذلك في الأصح ؛ لأنه المصلحة، وقد تتغير والحِمَى: أرض يجعلها الإمام لجنود الغزو أو يرعى فيها خيل الغزو أو لمصالح المسلمين فلو أن من بعده نقضه فله ذلك في الأصح لأن المصلحة قد تتغير وهو المتبع في كل عصر ومقتضى القاعدة ألا يتغير إلا ما كان من حمى رسول الله وعطاياه فلا ينقض.

٢- لو قسم في قسمة إجبار ثم قامت بينه بغلط القاسم أو حيفه نقضت مع أن القاسم قسم باجتهاده فكيف ينقضي بمثله.

والجواب أن نقضها لفوات شرطها في الابتداء وهو المعادلة بين الأنصبة المقسومة فإذا ظهر أنها لم تكن صحيحة من الابتداء فهو كما لو ظهر خطأ القاضي بفوات شرطه فإنه ينقضي قضاؤه والثانية إذا رأى الإمام شيئًا ثم مات أو عزل فللثاني تغييره ؛ لأنه من الأمور العامة.

فائدة: قال السبكي إذا كان للحاكم أهلية الترجيح بين الأدلة ورجح قولاً بدليل جيد صح ونفذ حكمه وإن كان مرجوحًا عند أكثر الأصحاب ما لم يخرج عن مذهبه أو يحكم بالشاذ الغريب.

خاتمة: متى ينقضي حكم الحاكم.

أنه ينقضي قضاء القاضي إذا خالف نصًا أو إجماعًا أو قياسًا جليًا.

وقال القرافي: أو خالف القواعد الكلية. قال الحنفية: كان حكما لا دليل عليه.

وقال السبكي: إنما ينقضي حكم الحاكم لتبين خطئه والخطأ قد يكون في نفس الحكم بكونه خالف نصًا من كتاب أو سنة أو إجماع وقد يكون الخطأ في السبب كأن يحكم ببينة مزورة ثم يتبين خلافه فيكون الخطأ في السبب لا في الحكم وقد يكون الخطأ في الطريق كما إذا حكم ببينة ثم بان فسقها.

أي حكم بناء على حكم الشهود ثم تبين عدم عدالتهم.

القاعدة الثانية

١- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام وبمعناه إذا اجتمع محرم ومبيح والأغلب المحرم، والعبارة الأولى لفظ حديث أورده جماعة (ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرامُ عليه).

معنى القاعدة:

قوله: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام. يعني سواء كان الحلال مباحًا أو واجبًا؛ وخص الشافعية الحلال بالحلال المباح وقالوا: لو اختلط الواجب بالمحرم روعي مصلحة الواجب. وله أمثلة أحدها اختلاط موتى المسلمين بالكفار يجب غسل الجميع والصلاة عليهم ويميز بالنية ، واحتج له البيهقي بأن النبي ﷺ مر بمجلس فيه اختلاط من المشركين والمسلمين فسلم عليهم.

الثانية: إذا اختلط الشهداء بغيرهم يجب غسل الجميع والصلاة عليهم وإن ا لغسل والصلاة على الكفار والشهداء حرام.

الثالثة: المرأة يجب عليها كشف وجهها في الإحرام ولا يمكن إلا بكشف شيء من الرأس وستر الرأس واجب في الصلاة فإذا صلت راعت مصلحة الواجب.

الرابعة: المضطر يجب عليه أكل الميتة وإن كان حرامًا.

الخامسة : الهجرة على المرأة من بلاد الكفار واجبة وإن كان سفرها وحدها حرامًا (انتهى). وخرج أئمتنا هذه المسائل على قاعدة ما إذا تعارض المانع والمقتضى كما سيأتي آخر القاعدة

٢- الحديث الذي هو أصل هذه القاعدة قال العراقي لا أصل له وضعفه البيهقي وأخرجه عبد الرزاق موقوفًا على ابن مسعود رضي الله عنه، وذكره الزيلعي شارح الكنز في كتاب الصيد مرفوعًا.

قوله: قال العراقي لا أصل له. أي لا سند له. قال السيوطي في شرح التقريب: قول المحدثين: هذا الحديث لا أصل له. أي لا سند له.

فمن فروعها ما إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم والآخر الإباحة.

٣- قدم التحريم، وعلله الأصوليون بتقليل النسخ ؛ لأنه لو

قدم المبيح للزم تكرار النسخ.

قوله: قدم التحريم. قيل صوابه قدم المبيح كما يرشد إلى ذلك قوله: ولو جعل المحرم متأخرًا؛ يوضح ذلك ما قاله العلامة ابن عبد الملك فيما إذا تعارض الحظر والمبيح، فالحظر جعل متأخرًا ناسخًا للمبيح تقليلاً للنسخ؛ لأن الأصل في الأشياء الإباحة، فلو جعل المبيح متأخرًا يلزم تكرار النسخ؛ لأن الحظر يكون ناسخًا للإباحة الأصلية، ثم المبيح يكون ناسخًا للحظر فيلزم التكرار ولو جهل الحظر متأخرًا لا يلزم إلا نسخ واحد (انتهى). فجعل الحظر آخرًا (انتهى). أقول: قد قدمنا في شرح المنار أن الإباحة الأصلية ليست حكمًا شرعيًا فلا يكون رفعها نسخًا، إذا النسخ عبارة عن انتهاء حكم شرعي وليست حكمًا شرعيًا وحينئذ لم يتكرر النسخ.

٤- لأن الأصل في الأشياء الإباحة، فإذا جعل المبيح متأخرًا كان المحرم ناسخًا للإباحة الأصلية ثم يصير منسوخًا بالمبيح. ولو جعل المحرم متأخرًا لكان ناسخًا للمبيح وهو لم ينسخ شيئًا لكونه على وفق الأصل.

قولـه: لأن الأصل في الأِشياء الإباحة. فيه نظر **من وجهـين: الأول** : أن ظـاهره يقتضـي أن الأصـل فـي الأشياء الإباحة اتفاقًا، وقد تقدم أنه قول بعض الحنفية. **والثـاني**: أن الإباحة الأصلية ليست حكمًا شرعيًا فلا يكون رفعها نسخًا إذا النسخ عبارة عن انتهاء حكم شرعي إلا إذا أريد بالنسخ تغيير الأمر الأصلي فيتغير مرتين فيتكرر النسخ بهذا المعنى كما في شرح المنار.

٥- وفي التحرير يقدم المحرم تقليلاً للسنخ واحتياطًا. وقد أوضحناه في شرح المنار في باب التعارض، ومن الأمثلة قال عثمان ﵁، لما سئل عن الجمع بين أختين بملك اليمين: أحلتها آية وحرمتها آية.

قولـه: وفي التحريم تقليلاً للنسخ. فيه أن تقليل النسخ تقديم المبيح لا في تقديم المحرم إذ في تقديم التحريم تكرار نسخ كما يستفاد من كلام ابن الملك فليحرر.

٦- فالتحريم أحب إلينا. وذكر بعضهم أن من هذا النوع حديث (لك من الحائض ما فوق الإزار) وحديث (اصطنعوا كل شيء إلا النكاح) فإن الأول يقتضي

تحريم ما بين السرة والركبة. والثاني: يقتضي إباحة ما عدا الوطء فرجح التحريم احتياطًا، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك والشافعي رحمهم الله.

الفرع الثاني: ومنها لو اشتبه محرم بأجنبيات محصورات لم يحل، كما قدمناه في قاعدة الأصل في الإبضاع التحريم.

قولـه: فالتحريم أحب إلينا إنما كان التحريم أحب؛ لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم وذلك أولى من عكسه.

٧- ومنها من أحد أبويه مأكول والآخر غير مأكول لا يحل أكله على الأصح. فإذا نزا كلب على شاة فولدت لا يؤكل الولد.

قوله: ومنها من أحد أبويه مأكول الخ. الأولى: ما أحد أبويه كما لا يخفى . وعبارة الهداية في الأضحية: والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم؛ لأن الأصل في التبعية الأم حتى إن نزى الذئب على الشاة يضحى بالولد (انتهى). ومثله في الزيلعي وفي خلاصة الفتاوى: ولو نزى كلب على شاة فولدت؛ قال عامة المشايخ: لا يجوز وقال الإمام الخيزاخيزي إن كان يشبه الأم يجوز،

ولو نزى ظبي على شاة قال عامة العلماء: لا يجوز، وقال الإمام الخيزاخيزي العبرة للمشابهة.

وإن كنت أرى والله أعلم أن الظبي مباح والشاة مباحة فيجوز الأكل.

٨- وكذا إذا نزا حمار على فرس فولدت بغلاً لم يؤكل، والأهلي إذا نزى على الوحشي فنتج لا تجوز الأضحية به، كذا في الفوائد التاجية. ومها لو شارك الكلب المعلم غير المعلم، أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه عمدًا حرم كما في الهداية. ومنها ما في صيد الخانية: مجوسي أخذ بيد مسلم فذبح والسكين في يد المسلم لا يحل أكله لاجتماع المحرم والمبيح فيحرم، كما لو عجز مسلم عن مد قوسه بنفسه فأعانه على مده مجوسي لا يحل أكله (انتهى). ومنها عدم جواز وطء الجارية المشتركة ومنها لو كان بعض الشجرة في الحل وبعضها في الحرم. ومنها لو كان بعض الصيد في الحل والبعض في الحرم.

والمقول في الثانية كما ذكره الإسبيجابي أن الاعتبار لقوائمه لا لرأسه.

٩- حتى لو كان قائما في الحل ورأسه في الحرم فلا شيء بقتله . ولا يشترط أن يكون جميع قوائمه في الحرم حتى لو كان.

قوله: حتى لو كان قائمًا في الحل الخ. قال في شرح المجمع الملكي نقلاً عن النوادر: لو كان ظبي قائمًا في الحل ورأسه في الحرم فقتلته إنسان فلا شيء عليه بقتله ؛ لأن المعتبر في الصيد قوائمه ولو كان قائمًا في الحرم ورأسيه في الحل ضمن قيمته؛ لأنه غير مستقر بقوائمه. وفي مناسك الطرابيشي، وفي النوادر عن محمد: ظبي قائم في الحل ورأسه في الحرم فقتله إنسان لا شيء عليه؛ لأن في الصيد القائم يعتبر قوائمه، ولو كان قائمًا في الحرم ورأسه في الحل ضمن لأنه غير مستقر بقوائمه بل هو ملقي على الأرض فاجتمع المحرم والمبيح. وفي المناسك المذكورة: ولو قيل بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم فعليه الجزاء ترجيحًا للحظر.

١٠- وفي الشجر الأغصان تابعة لأصلها وذلك على ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون أصلها في الحرم والأغصان

في الحل فعلى قاطع أغصانها القسمة. والثاني: أن يكون أصلها وأغصانها في الحل فلا ضمان في الحرم، والثالث: أن يكون بعض أصلها في الحل وبعضه في الحرم فعلى القاطع الضمان سواء كان الغصن من جانب الحل أو من جانب الحرم (انتهى). ومنها لو اختلطت مساليخ المذكاة بمساليخ الميتة، ولا علامة تميز، وكانت الغلبة للميتة أو استويا لم يجز تناول شيء منها ولا بالتحري إلا عند المخمصة. وأما إذا كانت الغلبة للمذكاة فإنه يجوز التحري. ومنها لو اختلط ودك الميتة بالزيت ونحوه لم يؤكد إلا عند الضرورة. والمسألتان في الصلاة من فصل اشتباه القبلة.

قوله: وبعضها في الحرم. قيل: لا يخفى أن البعض يصدق بالأقل وبالأكثر ولو اعتبر الأكثر لكان له وجه.

١١- ومنها لو رمى صيدًا فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض حرم للاحتمال، والاحتياط الحرمة بخلاف ما إذا وقع على الأرض ابتداء فإنه يحل لأنه لا يمكن التحرز عنه فسقط

اعتباره.

قوله: حرم للاحتمال. أي لاحتمال موته أي بالتردي لا بآلة الصيد أو بالغرق فيما لو وقع في ماء.

مستثنيات القاعدة:

وخرجت عن هذه القاعدة مسائلا: الأولى: من أحد أبويه كتابي والآخر مجوسي، فإنه يحل نكاحه وذبيحته ويجعل كتابيًا ولا يقتضي أن يجعل مجوسيًا وبه قال الشافعي - رحمه الله تعالى-.

الثانية: الاجتهاد في الأواني إذا كان بعضها طاهرًا وبعضها نجسًا والأقل نجس فالتحري جائز ويريق ما غلب على ظنه أنه نجس، مع أن الاحتياط أن يريق الكل ويتيمم كما إذا كان الأقل طاهرًا.

١٢- عملا بالأغلب فيهما. الثالثة: الاجتهاد في ثياب مختلطة بعضها نجس وبعضها طاهر جائز سواء كان الأكثر نجسًا أولا.

قوله: عملا بالأغلب فيهما. قيل عليه: لو قال الأحوط مكان الأغلب لكان أنسب.

١٣- والفرق بين الثياب والأواني أنه لا خلاف لها في ستر العورة وللوضوء خلف في التطهير وهو التيمم. وهذا كله في حالة الاختيار.

قولــه: والفرق بين الثياب والأواني الخ. فيه أنهم قد صرحوا بأن العاري إذا لم يجد ثوبًا يلطخ جسده أو يستر عورته بحشيش أو بماء إن كان كدرًا ولا شك أن الستر بما ذكر خلف عن الثياب فتأمل.

١٤- وأما في حالة الضرورة فيتحرى للشرب اتفاقًا كذا في شرح المجمع قبيل التيمم.

قوله: وأما في حالة الضرورة فيتحرى للشرب اتفاقًا. قيل عليه: ليس الكلام في الشرب ولما هو أعم منه بل في التحري للوضوء هل يتحرى فيها أو لا.

١٥- وينبغي أن يلحق بمسألة الأواني والثوب المنسوج لحمته من حرير وغيره، فيحل إن كان الحرير أقل وزنًا أو استويا بخلاف ما إذا زاد وزنًا ولم أره الآن. وفي الخلاصة من التحري في كتاب الصلاة: لو اختلطت أوانيه بأواني أصحابه في السفر وهم غيب

أو اختلط رغيفه بأرغفة غيره. قال بعضهم يتحرى، وقال بعضهم لا يتحرى ويتربص حتى يجئ أصحابه . وهذا في حالة الاختيار.

قوله: وأما في حالة الاضطرار جاز التحري مطلقًا. يعني سواء كان أصحابها حضورًا أو غيبًا، وفيه أنه لا وجه للتحري إذا كان أصحابها حضورًا.

١٦- وأما في حالة الاضطرار جاز التحري مطلقا (انتهى).

وقد جوز أصحابنا رحمهم الله مس كتب التفسير للمحدث ولم يفصلوا بين كون الأكثر تفسيرًا أو قرآنًا، ولو قيل به اعتبارًا للغالب لكان حسنًا. الرابعة.

لو سقى شاة خمرًا ثم ذبحها من ساعته فإنها تحل بلا كراهة كذا في البزازية. ومقتضى القاعدة التحريم، ومقتضى الفرع أنه لو علفها علفًا حرامًا، لم يحرم لبنها ولحمها وإن كان الورع الترك، ثم قال في البزازية بعده.

قوله: لو سقت شاة خمرًا الخ. في جعل هذا مما غلب فيه الحلال والحرام نظر إذ ليس هنا محرم غلبه الحلال

ليصح خروجه عن القاعدة.

ولو بعد ساعة إلى يوم تحل مع الكراهة (انتهى).

قوله: ولو بعد ساعة إلى يوم يحل مع الكراهة لحصول النمو بالسقي.

الخامسة: أن يكون الحرام مستهلكًا فلو أكل المحرم شيئًا قد استهلك فيه الطيب فلا فدية. وقد أوضحنا في شرح الكنز في جنايات الإحرام. السادسة: إذا اختلط مائع طاهر بماء مطلق فالعبرة للغالب.

الخامسة أن يكون الحرام مستهلكًا. أقول: ليس هذا مما خرج عنه القاعدة بل هو مقيد لها فتأمل.

فإن غلب الماء جازت الطهارة به وإلا فلا. وبينا في الطهارات من شرح الكنز بماذا تعتبر الغلبة.

السابعة: لو اختلط لبن المرأة بماء أو بدواء أو بلبن شاة فالمعتبر الغالب وتثبت الحرمة إذا استويا احتياطًا كما في الغاية. واختلف فيما إذا اختلط لبن امرأة بلبن أخرى والصحيح ثبوت الحرمة فيهما من غير اعتبار الغلبة.

١٧- كما بيناه في الرضاع. الثامنة: إذا كان غالب مال

المهدي حلالاً، فلا بأس بقبول هديته وأكل ماله ما لم يتبين أنه من حرام وإن كان غالب ماله الحرام لا يقبلها ولا يأكل إلا إذا قال إنه حلال ورثه أو استقرضه. قال الحلواني: وكان الإمام أبو القاسم الحاكم يأخذ جوائز السلطان، والحيلة فيه أن يشتري شيئًا بمال مطلق ثم ينقذه من أي مال شاء كذا رواه الثاني عن الإمام، وعن الإمام أن المبتلى بطعام السلطان والظلمة يتحرى فإن وقع في قلبه حله قبل وأكل وإلا لا، لقوله – عليه الصلاة والسلام– (استفت قلبك... الحديث)، وجواب الإمام فيمن فيه ورع وصفاء قلب ينظر بنور الله تعالى يدرك بالفراسة. التاسعة: إذا اختلطت حمامة المملوك بغير المملوك فظاهر كلامهم أنه لا تحرم وإنما تكره. قال في البزازية من اللقطة: اتخذ برج حمام في قرية فينبغي أن يحفظها ويعلفها ولا يتركها بلا علف كيلا يتضرر الناس، فإن اختلط حمام غير صاحبها لا ينبغي له أن يأخذها ولو أخذها طلب صاحبها كالضالة إلى آخر ما فيها. العاشرة: قال في القنية.

١٨- من الكراهة غلب على ظنه أن أكثر بيوعات أهل السوق لا تخلو عن الفساد فإن كان الغالب هو الحرام تنزه عن شرائه ولكن مع هذا لو اشتراه يطيب له، (انتهى). ولا بأس بشراء جوز الدلال الذي يعد الجوز فيأخذ عن كل ألف عشرة، وشراء لحم السلاخين إذا كان المالك راضيًا بذلك عادة، ولا يجوز شراء بيض المقامرين المكسرة وجوزاتهم إذا عرف إنه أخذها قمارًا (انتهى). أما مسألة الخلط فمذكورة بأقسامها في البزازية من الوديعة.

قوله: ولكن مع هذا لو اشتراه يطيب له. ووجهه أن كون الغالب في السوق الحرام لا يستلزم كون المشتري حرامًا لجواز كونه من الحلال المغلوب والأصل الحل.

١٩- وأما مسألة ما إذا اختلط الحلال بالحرام في البلد، فإنه يجوز الشراء والأخذ إلا أن يقوم دلالة على أنه من الحرام، كذا في الأصل.

قوله: وأما مسئلة ما إذا اختلط الحلال بالحرام الخ. في التمرتاشي في باب المسائل المتفرقة من كتاب الكراهة

ما نصه: لرجل مال حلال اختلطه مال من الربا أو من الرشاة أو الغلول أو السحت أو من مال الغصب أو السرقة أو الخيانة أو من مال يتيم فصار ماله كله شبهة ليس لأحد أن يشاركه أو يبايعه أو يستقرض منه أو يقبل هديته أو يأكل في بيته، وكذا إذا منع صدقاته وزكاته وعشره صار ماله شبهة لما فيه أخذه من مال الفقير، وينبغي أن ترى الأشياء حلالاً في أيدي ا لناس في ظاهر الحكم ما لم يتبين لك شيء مما وصفنا.

٢٠- يدخل في هذه القاعدة ما إذا أجمع بين حلال وحرام.

قوله: يدخل في هذه القاعدة. قيل عليه: المتبادر منه أن المشار إليه بهذه القاعدة أغلبية الحرام على الحلال مع أن الغلبة فيما ذكر من المسائل للحلال على الحرام كما ترى، ولا يمكن جعل المشار إليه قاعدة الاستثناء ؛ لأنه لم يذكرها بعنوان القاعدة؛ إلاّ أن يقال: يلزم من الاستثناء حصول قاعدة أخرى فتكون الإشارة إليها نظرًا إلى جانب المعنى.

٢١- في عقد ونية ويدخل ذلك في أبواب: منها النكاح؛ قالوا

قوله: قوله في عقد أو نية. لم يذكر مثالاً حلالاً لما إذ جمع بين حلال وحرام في النية.

٢٢- لو جمع بين من تحل ومن لا تحل.

كمحرمة ومجوسية، ووثنية وحليلة ومنكوحة ومعتدة ومحرمة، صح نكاح الحلال اتفاقًا.

قوله: لو جمع بين من تحل ومن لا تحل الخ. إنما صح نكاح الحلال المضمومة إلى المحرمة ؛ لأنه في أحديهما فيقدر بقدره .

قوله: كمحرمة ومجوسية الخ. كذا في النسخ والصواب كحلال ومجوسية والواو في المعطوفات بمعنى أو. وقوله : وخلية أي غير مزوجة ومنكوحة أي منكوحة الغير وقوله معتدة أي معتدة الغير ومحرمة أي من حرم نكاحها عليه على التأبيد.

٢٣- وإنما الخلاف بين الإمام وصاحبيه في انقسام المسمى من المهر وعدمه، وهي في ا لهداية. وليس منه ما إذا جمع بين خمس أو أختين في عقد واحد فإنه يبطل في الكل لأن المحرم الجمع لا إحداهن أو

أحديهما فقط.

قولــه: وإنمـا الخـلاف بـين الإمـام وصـاحبيه فـي انقسـام المسمى. فقالا يقسم علـى مهر مثلها فما أصـاب التـي صـح نكاحها لزمـه ومـا أصـاب الأخرى لا يلزمـه. وقـال أبـو حنيفـة: لا يقسم والمسمى كلـه للتـي صـح نكاحهـا، والدليل لهما وله مستوفي في محل.

٢٤- واختلف فيما إذا جمع بين وقف وملك، والأصح أنه لا يسري الفساد إلى الملك؛ لأن الوقف مال نعم إذا كان مسجدًا عامرًا فهو كالحر بخلاف غير الغامر بالمعجمة أي الخراب فكالمدبر.

قولـه: اختلف فيما إذا جمع بين وقف وملك. وقد كتب الناس في هذه المسئلة رسائل.

٢٥- ومن هذا القبيل ما إذا شرط الخيار فيه أكثر من ثلاثة فإنه لا يصح الثلاثة ويبطل فيما زاد، بل يبطل في الكل، لكن إذا سقط الزائد قبل دخوله انقلب البيع صحيحًا.

قوله: ومن هذا القبيل. أي ما جمع فيه بين حلال وحرام

وغلب الحلال على الحرام.

٢٦- ومنها ما إذا جمع بين مجهول ومعلوم في البيع فإن كان المجهول لا تفضي جهالته إلى المنازعة لا يضر وإلا فسد في الكل كما علم في البيوت. ومنها الإجارة؛ فهي كالبيع.

قوله: ومنه إذا جمع بين مجهول ومعلوم الخ. وصورته كما في البحر إذا كان له على رجل عشرة دراهم فقال له بعني هذا الثوب ببعض العشرة وبعني الآخر بما بقى، فباعه وقبله المشتري، صح لعدم افضاء الجهالة إلى التنازع، ولو قال هذا ببعض العشرة لا يجوز.

لاشتراكهما في أنها يبطلان بالشرط الفاسد وصرحوا بأنه لو استأجر دارًا في كل شهر بكذا فإنه يصح في الشهر الأول فقط.

٢٧- ولم أر الآن حكم ما إذا استأجر نساجًا لينسج له ثوبًا طوله كذا، وعرضه كذا فخالف بزيادة أو نقصان. هل يستحق بقدره أو لا يستحق أصلاً.

قوله: ولم أر حكم ما لو استأجر الخ. قيل عليه: قد ذكر في خزانة الأكمل أنه إذا سلم غزلا إليه لينسجه سبعا في أربع فحاكه أكبر منه أو أصغر فهو بالخيار إن شاء ضمنه مثل غزله الثوب وسلم، وإن شاء أخذ ثوبه وأعطاه الأجر إلا في النقصان فإنه يعطيه من الأجر بحسابه ولا يجاوز به ما سمي. وكذا لو شرط ثخينًا فجاء به رقيقًا أو على ضده فله أجر مثله ولا يجاوز ما سمي انتهى). وقيل في الهداية: ومسئلة الخياط تؤخذ هذه منها (انتهى). وفيه أن قول المصنف - رحمه الله- لم أري الآن حكم الخ. أي صريحًا.

٢٨- ومنها الكفالة والإبراء. ينبغي أن لا يتعدى إلى الجائز. وقالوا لو قال لها ضمنت لك نفقتك كل شهر فإنه يصح في شهر واحد.

قوله: ومنها الكفالة والإ برئ وينبغي أن لا يتعدى إلى الجائز. أقول: أما في الكفالة فظاهر وأما في الإبراء فلا، لأنه مما يبطل بالشرط الفاسد فينبغي أن

يتعدى إلى الجائز.

٢٩- ومنها الهبة؛ وهي لا تبطل بالشرط الفاسد فلا يتعدى إلى الجائز. ومنها الإهداء؛ قالوا لو أهدي إلى القاضي من له عادة بالإهداء له قبل القضاء وزاد، يرد القاضي الزائد لا الكل، كما في فتح القدير، فلم يتعد إلى الجائز. وظاهر كلامه أنه إن زاد في القدر.

قوله: ومنها الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد. الأولى أن يقال ؛ لأنها لا تبطل بالشرط ا لفاسد؛ لأن المقام مقام التعليل.

٣٠- وأما إذا زاد في المعنى كما إذا كانت عادته إهداء ثوب كتان فأهدى ثوبًا حريرًا.

قوله: وأما إذا زاد في المعنى كما إذا كانت عادته الخ. قيل: ينظر ما لو كانت عادته إهداء ثوب كتان قيمته درهم فأهدى ثوبًا يساوي درهمين؛ ويتبادر إلى الفهم أنها كالثوب الكتاب مع الحرير تأمل.

٣١- لم أره الآن لأصحابنا رحمهم الله. وينبغي وجوب رد الكل لا بقدر ما زاد في قيمته.

قولــه: لـم أره الآن لأصـحابنا قيـل: لا يبعـد أن يقـال ينظـر إلـى قيمـة الثـوبين فـإذا زاد قيمـة الحريـر علـى الكتاب وجب رد القدر الزائد.

٣٢- لعدم تمييزها من الجائز. ومنها الوصية؛ فلو أوصـى لأجنبي ووارثه فللأجنبي نصفها وبطلت للوارث؛ كما فـي الكنـز، وكـذا لـو أوصـى للقاتـل وللأجنبـي. ومنهـا الإقرار.

قولــه: لعـدم تمييزهـا مـن الجـائز. قيـل: فيـه نظـر إذ تظهـر الزيـادة بـأن يقـوم الثـوب الكتـان المعتـاد ويقـوم الثوب الحرير فيرد الفضل بين القيمتين.

٣٣- قال الزيلعي فيما لـو أقـر بعين أو دين لوارثـه ولأجنبـي لـم يصـح فـي حـق الأجنبـي أيضًـا (انتهـى). وفـي المجمع من الإقرار: لو أقر لـوارث مـع أجنبي فتكاذبـا الشـركة صـححه فـي الأجنبـي (انتهـى). ومنهـا بـاب الشـهادة؛ فإذا جمع فيها بين من تجوز شـهادته ومـن لا تجـوز؛ ففـي الظهيريـة منهـا: رجـل مـات وأوصـى لفقراء جيرانه بشيء وأنكرت الورثة وصيته فشهد على

الوصية رجلان من جيرانه لهما أولاد محاويج. قال محمد رحمه الله لا تقبل شهادتهما ؛ لأنهما شهدا لأولادهما فيما لا يخص أولادهما فبطلت شهادتهما في ذلك، فإذا بطلت شهادتهما في حق الأولاد بطلت أصلاً؛ لأن الشهادة واحدة، كما لو شهدا على رجل أنه قذف أمتهما وفلانة لا تقبل شهادتهما. وذكر محمد رحمه الله في وقف الأصل؛ إذا وقف على فقراء جيرانه فشهد بذلك فقيران من جيرانه جازت شهادتهما؛ قال الفقيه أبو الليث رحمه الله ما ذكر في الوقف قول أبي يوسف رحمه الله، أما على قياس قول محمد رحمه الله فينبغي أن لا تقبل في الوقف أيضًا؛ لأن عند أبي يوسف رحمه الله يجوز أن تبطل الشهادة في البعض وتبقى في البعض وعلى قول محمد رحمه الله لا تقبل أصلاً.

قوله: قال الزيلعي فيما لو أقر بعين الخ. غير مناسب لما مر الكلام فيه من أن فروع أغلبية الحلال على الحرام.

٣٤- ويحتمل أن ما ذكره في الوقف محمول على ما إذا

كانوا قليلين يحصون (انتهى). وفي القنية: أخ وأخت ادعيا أرضًا وشهدا زوجها ورجل آخر ترد شهادتهما في حق الأخت والأخ؛ فإن الشهادة متى رد بعضها ترد كلها. وفي روضة الفقهاء إذا شهد لمن لا تجوز له الشهادة ولغيره لا تجوز لمن لا تجوز له الشهادة بالاتفاق. واختلف في حق الآخر فقيل تبطل وقيل لا تبطل (انتهى). كتبنا في شرح الكنز أن شهادة العدو لا تقبل إذ كانت لأجل الدنيا.

قوله: ويحتمل أن ما ذكره في الوقف. حاصله أن صحة الشهادة في مسئلة الوقف ليس مبنيًا على التحري عند أبي يوسف رحمه الله، بل على قلة الجيران الموقوف عليهم.

٣٥- سواء كانت على عدوه أو غيره بناء على أنها فسق وهو لا يتجزى.

قوله: سواء كانت على عدوه أو غيره. قيل عليه: مفاده أن عدو الشخص لا تقبل شهادته على الشخص ولا على غيره، ولا معنى له إذ شهادة عدو

زيد على عمرو مقبولة فلعل في العبارة سقطًا (انتهى). أقول: حيث كان عدم قبول شهادة العدو على عدوه مبنيًا على أنه يفسق بالعداوة والفسق مما لا يتجزى فله معنى. وليس في العبارة سقط وحينئذ لا فرق بين ذلك الشخص وغيره وإنما يفترق الحال لو كان عدم القبول مبنيًا على التهمة فتأمل.

٣٦- ومن هذا القبيل اختلاف الشاهدين مانع من قبولها لأن أحدهما طابق الدعوى والآخر خالفها. وكتبنا في الفوائد المستثنى من ذلك.

قوله: ومن هذا القبيل. المتبادر منه أن المشار إليه " بهذا" ما ذكر من أغلبية الحلال الحرام مع أن الفرع المذكور ليس منه.

٣٧- ومنها القضاء؛ فإذا امتنع القضاء للبعض امتنع للباقين، كما في شهادات البزازية. ومنها باب العبادات.

قوله: ومنها القضاء فإن امتنع القضاء من البعض كما إذا قضى لابنه وغيره وحيث امتنع القضاء لهما

فلا وجه لجعله من فروع أغلبية الحلال الحرام.

٣٨- فلو نوى صوم جميع الشهر فيما عدا اليوم الأول.

وليس منه ما إذا عجل زكاة سنتين فإنه إن كان بعد ملك النصاب فهو صحيح فيهما وإلا فلا فيهما.

قوله: فلو نوى صوم جميع ا لشهر. أن قيل: كيف يكون هذا من جزئيات القاعدة لا حرام هنا أجيب بأن ما لا يصح يشبه الحرام فحيث جمع بين ما لا يصح وما يصح فكأنه جمع بين حلال وحرام وهو كاف في جعل المسئلة من جزئياتها ومن هذا الجواب يخرج الجواب عن كثير مما تقدم.

٣٩- وليس منه أيضًا ما إذا نوى حجيتن وأحرم بهما معا؛ فإنا نقول بدخوله فيهما لكن اختلفوا في وقت رفضه لأحديهما كما علم في باب إضافة الإحرام إلى الإحرام وليس منه إذا نوى التيمم لفرضين؛ لأنا نقول يجوز له أن يصلي بالتيمم الواحد ما شاء من الفرائض والنوافل.

قوله: وليس منه ما نوى التيمم لفرضين الخ. نعم هو

منه على قول محمد – رحمه الله– كما عرفه في محله.

٤٠- ومنها: ما إذا صلى على حي وميت، وينبغي أن تصح على الميت.

قوله: ومنها إذ صلى على حي وميت الخ. ذكر السيوطي في الأشباه في النية في عدد الركعات أن نظير ذلك من صلى على موتى لا يجب تعيين عددهم، فلو اعتقدهم عشرة فبانوا أكثر أعاد على الجميع ؛ لأن فيهم من لم يصل عليه وهو غير متعين. قاله في البحر. وإن كانوا أقل فالأظهر الصحة ويحتمل خلافه.

٤١- ومنها: ما إذا استنجى للبول بحجر ثم نام فاحتلم فأمنى فأصاب ثوبه لم يطهر بالفرك لأن البول لا يطهر به فلا يطهر المني كما صرحوا به، ولهذا قال شمس الأئمة السرخسي – رحمه الله–: مسألة المني مشكلة ؛ لأن كل فحل يمذي أولا والمذي لا يطهر بالفرك إلا أن يجعل تبعًا له (انتهى). وقد يقال: يمكن جعل البول الباقي بعد الاستجمار تبعًا له

أيضًا. وجوابه أن التبيعة فيما هو لازم له وهو المذي، بخلاف البول ولم أر من نبه عليه.

قوله: ومنها ما إذا استنجى بحجر الخ. الأولى أن يقال: وهذا بناء على ما قدمه من أن الحجر مخفف والصحيح أنه قالع كما ذكره في البحر، لا ترد هذه المسئلة.

قوله: ولذا قال الخ. فيه أنهما مما جمع فيها بين ما يصح وما لا يصح لا بين حلال وحرام وغلب الحلال الحرام ويجاب عنه بما تقدم.

٤٢- ومنها باب الطلاق والعتاق؛ فلو طلق زوجته وغيرها أو اعتق عبده وعبد غيره أو طلقها أربعًا نفذ فيما يملكه. ومنها: ولو استعار شيئًا ليرهنه على قدر معين فرهنه بأزيد قال في الكنز: ولو عين قدرًا أو جنسًا أو بلدًا فخالف، ضمن المعير المستعير أو المرتهن (انتهى). واستثنى الشارح ما إذا عين له أكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر؛ فإنه لا يضمن .

قوله: ومنها باب الطلاق والعتاق. ويحتمل خلافه.

٤٣- لكونه خلافًا إلى خير (انتهى). ومنها لو شرط الواقف أن لا يؤجر وقفه أكثر من سنة، فزاد الناظر عليها؛ فظاهر كلامهم الفساد في جميع المدة.

وليس من القاعدة؛ ما إذا اجتمع في العبادات جانب الحضر وجانب السفر فإنا لا نغلب جانب الحضر ومقتضاها تغليبه؛ لأنه اجتمع المبيح والمحرم لأن أصحابنا رحمهم الله قالوا في المسح على الخفين: ولو ابتدأ وهو مقيم فسافر قبل إتمام يوم وليلة انتقلت مدته إلى مدة المسافر فيمسح ثلاثًا، ولو كان على عكسه انتقلت إلى مدة المقيم. ومقتضاها اعتبار مدة الإقامة فيهما تغليبًا لجانب الحضر، وبه قال الشافعي – رحمه الله-، وعنده لو مسح أحد الخفين حضرًا والآخر سفرًا فكذلك على الأصح طردًا للقاعدة، وأما عندنا فلا خفاء في أن مدته مدة المسافر.

٤٤- وأما لو أحرم قاصرًا فبلغت سفينته دار إقامته فإنه يتم ، ولو شرع في الصلاة في دار الإقامة فسارت

سفينته فليس له القصر.

قولـه: وأما لو أحرم قاصرًا الخ. يستفاد من ظاهر كلامه أنها من جزئيات القاعدة؛ لأن الحصر محرم للقصر والسفر مبيح له، وقد غلب جانب الحصر بدليل أنه إذا أحرم مقيمًا فسارت السفينة ليس له أن يقصر وهو تغليب لجانب المحرم.

٤٥- ولم أرهما الآن. وعندنا فائتة السفر إذا قضاها في الحضر يقضيها ركعتين وعكسه يقضيها أربعًا ؛ لأن القضاء يحكي الأداء. وأما باب الصوم فإذا صام مقيمًا فسافر أثناء النهار أو عكسه حرم الفطر.

تعارض المانع والمقتضي:

(فصل): تدخل في هذه القاعدة قاعدة إذا تعارض المانع والمقتضى فإنه يقدم المانع؛ فلو ضاق الوقت أو الماء عن سنن الطهارة حرم فعلها، ولو جرحه جرحين عمدًا أو خطأ أو مضمونًا وهدرًا ومات بهما، فلا قصاص.

القاعدة الثالثة:

الإيثار في القرب.

قال الشافعية: الإيثار في القرب مكروه وفي غيرها محبوب، **ومعنى الإيثار:** أن يؤثر غيره بالشيء مع حاجته إليه وعكسه الأثرة وهي إيثاره أخيه بما هو محتاج إليه، ومنه قوله – عليه الصلاة والسلام– " ستلقون بعدي أثره " والإيثار ضربان:

الأول: أن يكون فيما للنفس فيه حظ فهو مطلوب للمضطر يؤثر بطعامه غيره إن كان ذلك الغير مسلمًا لقوله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾.

والثاني: في القرب: كمن يؤثر بالصف الأول غيره ويتأخر أو يؤثره بقربه من الإمام في الصلاة ونحوه وهو لا يجوز كذا في قواعد الزركشي.

دليل هذه القاعدة:

قوله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾.

قال الشيخ عز الدين: لا إيثار في القربات فلا إيثار بماء

الطهارة ولا بستر العورة ولا بالصف الأول؛ لأن الغرض بالعبادات التعظيم والإجلال، فمن أثر به فقد ترك إجلال الإله وتعظيمه.

ومن فروع هذه القاعدة:

١- قال الإمام: لو دخل الوقت ومعه ماء يتوضأ به فوهبه لغيره ليتوضأ به لم يجز لا أعرف فيه خلافًا؛ لأن الإيثار فيما يتعلق بالنفوس لا فيما يتعلق بالقرب والعبادات.

٢- وقال في شرح المهذب في باب الجمعة: لا يقام أحد من مجلسه ليجلس في موضعه فإن قام باختياره لم يكره فإن انتقل لأبعد من الإمام كره . قال الأحناف: لأنه أثره بالقربة.

٣- قال الشيخ أبو محمد (القرافي) في الفروق من دخل عليه وقت الصلاة ومعه ماء يكفيه الطهارة.
وهناك من يحتاجه للطهارة لم يجز له الإيثار.

٤- ولو أراد المضطر إيثار غيره بالطعام لاستبقاء مهجته كان له ذلك.
ولو خاف فوات مهجته والفرق أن الحق في الطهارة لله تعالى فلا يسوغ فيه الإيثار والحق في حال المخمصة لنفسه.

٥- يكره إيثار الطالب غيره بنوبته في القراءات؛ لأن قراءة العلم والمسارعة إليه قربة والإيثار في القرب مكروه.

٦- ما يشكل على هذه القاعدة.

قال الأسيوطي من المشكل على هذه القاعدة من جاء ولم يجد في الصف الأول فرجة، فإنه يجر شخصًا بعد الإحرام ويندب للمجرور أن يساعده فهذا يفوت على نفسه قربة وهو أجر الصف الأول.

ولكن قد يقال لا إشكال فيه لأنه من باب دفع المكروه عن المفرد وتأخره معه لدفعه هو أولى من الإيثار بالفضيلة فلا إيثار إذن.

وقيل بأنه يمكن أن يقال أنه إن ثبت أن يفوت لكن تحصل له قربة أخرى وهي ألا يكون ذلك الرجل منفردًا في الصف وهذا مما يساوي القربة الأولى.

بخلاف فوات القراءة فإن إيثاره لا يوازي به فتأمل.

٧- فقير محتاج معه دراهم فأرد أن يؤثر على نفسه إن علم أنه يصبر على الشدة فالإيثار أفضل وإلا فالإنفاق على نفسه أفضل.

القاعدة الرابعة التابع تابع:

أي غير منفك عن متبوعه وإنما هو مرتبط به وهذه القاعدة يلحق بها قواعد.

١- أن التابع لا يفرد بالحكم.

من فروعها:

١- الحمل يدخل في بيع الأم تبعًا ولا يفرد بالبيع والهبة كالبيع.

٢- أن الشرب والطريق يدخلان في بيع الأرض تبعًا ولا يفردان بالبيع على الأظهر.

٣- أنه لا كفارة في قتل الحمل ولا لعان بنفيه على بعض المذاهب.

٤- الدود المتولد من الطعام يجوز أكله معه تبعًا لا انفردًا في الأصح.

٥- أنه لو نقض السوقة العهد ولم يعلم الرئيس أو الأشراف ففي انتقاض العهد في حق السوقة وجهان: أحدهما المنع كما لا اعتبار بعهدهما. وحكى الرافعي عن ابن كبح.

٦- أن صفات الحقوق لا تفرد بالإسقاط لأنها تابعة فلوا أسقط من عليه الدين المؤجل الأجل لم يسقط ولا يتمكن المستحق من مطالبته في الحال في الأصح لأنه صفة تابعة والصفة لا تفرد بالإسقاط وكذا لو أسقط الجودة أو الصحة لا تسقط ولكن لو أسقط الرهن أو الكفيل سقط في الأصح وقال الجويني لا كالأجل.

وفرق غيره بأن شرط القاعدة ألا يكون الوصف مما يفرد بالعقد كالرهن والكفيل بخلاف الأجل، فإنه وصف لا ذم لا يمكن إنشاؤه بعقد مستقل وهو مذهب الشافعية في الرهن والكفيل وخالف الأحناف في الأجل والجودة ؛ لأنهما لا يفردان بالعقد ويخرج من هذه القاعدة صور.

١- أنه يصح إعتاق الحمل دون أمه بشرط أن تلده لأقل من ستة أشهر.

٢- يصح إفراده بالوصية بالشرط المذكور وهو أن يولد لأقل من ستة أشهر.

وأنه يصح الإيصاء له ولو بحمل دابة وذلك لأن الوصية يقبل بها من الجهالة ما لا يقبل في غيرها.

ويصح الإقرار له أن بين المقر سببًا صالحًا وولد لأقل من

ستة أشهر والسبب الصالح كأن يقول المقر لحمل فلانه عندي كذا تركهم له أبوه أو أي شخص آخر.

ويثبت له صحة تدبيره وثبوت نسبه.

٢- التابع يسقط بسقط المتبوع

ومعناه أنه إذا سقط المتبوع لزم عنه سقوط التابع.

ومن فروع هذه القاعدة:

١- من فاتته صلاة أيام الجنون لا يستحب قضاء رواتبها (أي السنن الراتبة)؛ لأن الفرض سقط فسقط تابعه.

٢- من فاته الحج فتحلل بالطواف والسعي والحلق لا يتحلل بالرمي والمبيت؛ لأنها من توابع الوقوف وقد سقط فيسقط التابع.

٣- ومنها إذا بطل أمان رجال أو أشراف، ففي وجه يبطل الأمان من الصبيان والنساء والسوقة؛ لأنهم إنما دخلوا في الإيمان تبعًا ولكن الأصح خلافه.

٤- أنه لو مات الفارس سقط سهم الفرس؛ لأنه تابع، فإذا فات الأصل سقط ولو مات الفرس استحق الفارس سهم الفرس؛ لأنه متبوع.

٥- ومنها لو امتنع غسل الوجه في الوضوء لعلة به وما جاوره صحيح لم يصح غسله للغرة كما صرح به الإمام؛ لأنه تابع لغسل الوجه.

ولو قطع من فوق الذراع ندب غسل باقي عضده محافظة على التحجيل.

قال الجويني: وإنما لم يسقط التابع في هذه الصورة لسقوط المتبوع كمن فاتها صلاة زمن الحيض والجنون فإنها لا تقضي رواتبها كما لا يقضي الغرض ؛ لأن سقوط القضاء فيما ذكر رخصة مع إمكانه.

فإذا سقط الأصل مع إمكانه فالتابع أولى

ما يتخرج من تلك القاعدة:

١- الأخرس يلزمه تحريك اللسان في تكبيرة الافتتاح والتلبية على القول به. أما بالقراءة فلا على المختار مع أن المتبوع قد سقط وهو التلفظ.

٢- ومنها إجراء الموسي على رأس الأقرع، فإنه واجب على المختار مع أن الحلق والتقصير غير موجود.

٣- ومنها إذا برأ الأصيل برئ الكفيل بخلاف العكس.

٣- التابع لا يتقدم على المتبوع:

١- ومن فرعه ألا يصح تقدم المأموم على إمامه في تكبيرة الإحرام ولا في الأركان إن انتقل قبل مشاركة الإمام وكذلك ما إذا سبق إمامه في الركوع والسجود في الرباعية فلا يصح وتبطل الصلاة.

٢- المزارعة على البياض بين النخل والعنب جائزة تبعًا لها بشروط أن يتقدم لفظ المساقاة فلو قدم لفظ المزارعة فقال زراعتك على البياض وساقيتك على النخل على كذا لم يصح ؛ لأن التابع لا يتقدم على المتبوع.

٣- ولو باع بشرط الرهن فتقدم لفظ الرهن على البيع لم يصح.

٤- لو كان بينه وبين الإمام شخص يحصل به الاتصال ولو هذا لم تصح قدوته ولم يصح أن يحرم قبله ؛ لأنه تابع له.

٥- ذكر القاضي أيضًا أنه لو حضر الجمعة من لا تنعقد به كالمسافر والعبد والمرأة لم يصح إحرامهم بها إلا بعد إحرام أربعين من أهل الكمال ؛ لأنهم تبع لهم كما في أهل الكمال مع الإمام بمعنى أن أهل الكمال تبع

للإمام والمرأة والصبية تبع لأهل الفضل في الإحرام.

٤- يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها:

وقرب منها يغتفر في الشيء ضمنًا ما لا يغتفر فيه قصدًا، وربما يقال يفتقر في الثواني ما لا يفتقر في الأوائل وقد يقال أيضًا أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أو آخرها والعبارة الأول أحسن وأعم.

ومن فروعها:

١- سجود التلاوة في الصلاة يجوز على الراحلة قطعًا تبعًا وجرى فيه خارجها خلاف لاستقلاله أي خارج التلاوة.

٢- الماء المستعمل في الوضوء لا يستعمل في الجنابة اتفاقًا ويستتبع غسل الجنابة الوضوء.

٣- المستعمل في الحدث لا يستعمل في الخبث؛ لأن الماء النجس لا يستعمل في إزالة النجاسة.

٤- لا يثبت شوال إلا بشهادة اثنين قطعًا ولو صاموا بشهادة واحد ثلاثين يومًا ولم يروا الهلال أفطروا في الأصح لحصوله ضمنًا وتبعًا ؛ لأن الشهر لا يأتي أزيد من ثلاثون يومًا.

٥- لا يثبت النسب بشهادة النساء فلو شهدن بالولادة على الفراش ثبت النسب تبعًا.

٦- البيع الضمني يغتفر فيه ترك الإيجاب والقبول ولا يغتفر ذلك في البيع المستقل.

٧- الصور التي يصح فيها ملك الكافر المسلم لكونه تبعًا له ولا يصح استقلالاً والصور التي يصح فيها ملك الكافر المسلم لكونه تبعًا هي أن يكون المسلم أب أو أخ أو ابن للكافر فيصح فيها ملكيته لكونه يعتق عليه بخلاف ذلك لا يصح ملكية الكافر للمسلم.

٨- الزرع الأخضر لا يصح بيعه بشرط القطع أما إذا بيع مع الأرض جاز تبعًا للأرض.

فائدة: جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم قال ظفرت بمسألتين هم عكس هذه القاعدة.

١- يصح تقليد الفاسق القضاء ابتداء ولو كان عدلاً ابتداء ففسق انعزل عند بعض المشايخ وذكر ابن الكمال أن الفتوى عليه

٢- لو أبق المأذون انحجر عليه ولو أذن للآبق صح.

٥- قاعدة الساقط لا يعود:

ومعناه إذا أسقط أحد حقًا من الحقوق التي يجوز له إسقاطها يسقط ذلك الحق وبعد إسقاطه لا يعود أما الحق الذي لا يقبل الإسقاط لا يسقط بإسقاط صاحبه له.

مثال: لو كان لشخص على آخر دين فأسقطه عن المدين ثم بدا له رأي فندم على إسقاطه الدين عن ذلك الرجل فأنه أسقط الدين وهو من الحقوق التي يحق له أن يسقطها فلا يجوز له أن يرجع إلى المدين يطالبه بالدين ؛ لأن ذمته برأت من الدين بإسقاط الدائن حقه، أما لو أبرأ شخص آخر من طريق له أو سيل أو كان له قطعة وأبرأه بها فلا يسقط حقه بالطريق والمسيل والأرض؛ لأنه لا يسقط الحق بما ذكر بمجرد الترك والإعراض ويجب لإسقاط الحق فيها إجراء عقد بيع أو هبة مثلاً هذا وإليك بعض الأمثلة.

١- إذا اشترى المشتري مالاً من آخر للبائع حق حبس المبيع عنده لحين قبض الثمن ولكن إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فيكون قد أسقط حقه في حبس المبيع فليس له بعد ذلك أن يسترجع المبيع ويحبسه عنده لحين قبض الثمن ؛ لأن الساقط لا يعود.

٢- كذلك الذي يشتري مالا بدون يراه له حق خيار الرؤية فهو إذا باعه من آخره أو وهبه أو أجره قبل أن يراه أو بعد أن رآه يسقط خياره وعلى هذا لو أراد بعد ذلك رد المبيع بحق خيار الرؤية فليس له رده.

٣- كذلك الصلح الذي يجري بين الطرفين ؛ لأنه يتضمن إسقاط بعض الحقوق فليس للطرفين حق الفسخ فيه.

٤- كذلك لو رد الحاكم شهادة شاهد بتهمة الفسق بدعوى من الدعاوى فليس له أن يقبل شهادته في نفس الدعوى فيما لو تبين له بعد ذلك بطلان تلك التهمة.

القاعدة الخامسة

تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة

هذه القاعدة نص عليها الشافعي وقال "منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم".

وأصل هذه القاعدة ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه قال حدثنا أبو الأجوص عن أبي إسحاق عن البراء بن عازب قال: قال عمر رضي الله تعالى عنه: "إني نزلت نفس من مال الله بمنزلة الولي من مال اليتيم إن احتجت أخذت فإن أيسر ت ردد وإن استغنيت استعففت".

٢- ما ذكره الإمام أبي يوسف رحمه الله في كتاب الخراج قال بعث عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه عمار بن ياسر على الصلاة والحرب وبعث عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال وبعث عثمان بن حنيف على مساحة الأرضين وجعل بينهم شاه كل يوم في بيت المال شطرها وبطنها لعمار وربعها لعبد الله بن مسعود وربعها الأخر لعثمان بن حنيف وقال إني نزلت نفسي وإياكم من هذا المال بمنزلة ولي اليتيم فإن الله تبارك وتعالى قال ﴿ **وَمَن كَانَ غَنِياًّ فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ والله ما أرى أرضاً يؤخذ منها شاة في كل يوم

إلا استسرع خرابها.

وقد ورد في مجلة الأحكام العدلية أن هذه القاعدة مأخوذة من قاعدة "تصرف القاضي فيما له فعله من أموال الناس والأوقاف مقيد بالمصلحة بمعنى أن تصرف الراعي في أمور الرعية يجب أن يكون مبنياً على المصلحة ما لم يكن كذلك لا يكون صحيحاً.

والرعية هم عموم الناس الذين هم تحت ولاية الولي والمراد بالإمام هو الحاكم معلقاً.

وبناء على هذه القاعدة فإنه إذا لم يوجد ولي للقتيل فالسلطان وليه فكما أن له حقاً أن يقتص من القاتل له أن يقبل الدية بدلاً عن القصاص إلا أنه بشرط ألا تقل الدية عن الدية الشرعية.

وكذلك القاضي لا تعتبر تصرفاته في الأمور العامة وأحكامه ما لم تكن مبنية على المصلحة.

مثال ما لو أمر القاضي شخصاً أن يستهلك شيئاً من بيت المال أو مالاً لشخص أخر فإذنه غير صحيح حتى لو استهلك القاضي نفسه شيئاً من بيت المال يكون ضامناً وكذلك لا يجوز

للقاضي أن يهب أموال الوقف وأموال الصغير لأن تصرفاته فيها يجب أن تكون مقيدة بالمصلحة وكذلك لا يجوز للإمام أن يبيع أو يشتري أو يهب أو يرهن أو يوقف شيئاً من أموال المسلمين وإن فعل فتصرفه غير صحيح لأنه لا يملك شيئاً وينبغي أن يكون تصرفه في حدود المصلحة.

فروع هذه القاعدة:

١- أنه إذا قسم الإمام الزكاة على الأصناف المعلومة يحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات.

٢- إذا أراد إسقاط بعض الجند من الديوان بسبب جاز وبغير سبب لا يجوز كما في الروضة.

٣- ما ذكره الماوردي أنه لا يجوز لأحد من ولاة الأمور أن ينصب إماماً للصلوات فاسقاً وإن صححنا الصلاة خلفة لأنها مكروهة وولي الأمر مأمور بمراعاة المصلحة ولذا كان آثما بتنصيبه وهو إثم بفسقه.

٦- أنه ليس له أن يزوج امرأة بغير كفء وإن رضيت لأن حق الكفاءة للمسلمين وهو كالنائب عنهم فلا يقدر على إسقاطه.

٧- أنه لا يجيز وصية من لا وارث له بأكثر من الثلث.

٨- ليس له أن يقدم في مال بيت المال بخير الأحوج على الأحوج.

قال الإمام السبكي في فتاويه فلو لم يكن إمام فهل لغير الأحوج أن يتقدم بنفسه فيما بينه وبين الله تعالى إذا قدر على ذلك ملت إلى أنه لا يجوز.

واستنبطت ذلك من حديث "إنما أنا قاسم والله المعطي" ووجه الدلالة هو أن التمليك الإعطاء إنما هو من الله تعالى لا من الإمام فليس للإمام أن يملك أحد إلا ما ملكه الله تعالى وإنما وظيفة الإمام القسمة والقسمة يجب أن تكون بالعدل ومن العدل تقديم الأحوج والتسوية بين متساوي الحاجات فإذا قسم بينهما ودفعه إليها علمنا أن الله ملكهما قبل الدفع وأنها القسمة إنما هي معينة لما كان مبهما.

تتمة في أصل القاعدة

وفي كتاب الخراج لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن أبا بكر رضي الله تعالى عنه قسم المال بين الناس بالسوية فجاء ناس فقالوا ياخليفة رسول الله ﷺ إنك قسمت هذا المال فسويت فيه بين الناس ومن الناس إناس لهم فضل وسوابق وقدم فلو قدمت أهل السوابق والقدم والفضل قال: فما أعرفني بذلك إنما ذلك شيء

ثوابه على الله تعالى وهذا معاش فالإسوة فيه خير من الإثرة.

فلما كان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وجاء الفتوح فضل وقال لا أجعل من قاتل مع غير رسول الله ﷺ كمن قاتل معه ففرض لأهل السوابق والقدم من المهاجرين والأنصار ممن شهد بدراً أو لم يشهد بدراً أربعة آلاف درهم وفرض لمن كان إسلامه كإسلام أهل بدر دون ذلك أنزلهم على قدر منازلهم من السوابق.

تنبيه

إذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقه فإن خالفه لم ينفذ ولهذا قال الإمام أبي يوسف رحمه الله في كتاب الخراج من باب إحياء الموات وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف.

فهرس الموضوعات